DIR CONSTITUCIONAL

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

DIREITO CONSTITUCIONAL

6." edição revista
LIVRARIA ALMEDINA COIMBRA • 1993

O livro e o ambiente
A defesa do ambiente é, hoje, uma tarefa de todos os cidadãos. Os pequenos gestos, os pequenos passos, as iniciativas modestas podem ser importantes para a consciencialização dos problemas ecológicos e ambientais. O Autor, a Editora Almedina e a Gráfica de Coimbra assumem aqui a sua cumplicidade — *O Direito Constitucional* passa a ser impresso em papel ecológico "amigo do ambiente" totalmente livre de cloro.
Execução Gráfica: *G.C. - Gráfica de Coimbra, Lda.*
Tiragem: 3000 ex.
Novembro, 1993
Depósito Legal N.° 72675/93

À memória de meus pais
A memória de meu irmão Mário

NOTA PRÉVIA À 6." EDIÇÃO

O Autor prepara uma nova edição com substanciais alterações de forma e de conteúdo. Todavia, em virtude de a 5." edição (já com duas reimpressões) se encontrar esgotada, vimo-nos obrigado a recorrer a uma "edição intercalar". Embora não represente uma refundição substancial relativamente ao texto precedente, ela introduz algumas inovações. Indicaremos, a titulo de exemplo, os desenvolvimentos consagrados ao conceito funcional de norma para efeitos de controlo e ao processo de controlo de normas em desconformidade com regras de direito internacional. Aproveitamos a oportunidade para aditar um índice ideográfico e para eliminar algumas gralhas mais rotundas.
Freiburg i.Br. Agosto de 1993

SIGLAS DE REVISTAS E OBRAS COLECTIVAS
ACP —Archivfiir die Zivilistische Praxis AnDC e P —Anuário de Derecho Constitucional e Parlamentario AnDP e Est. Pol. —Anuário de Derecho Publico e Estúdios Políticos
AIJC — Annuaire internationale de Justice Constitutionnelle Ac. Doutr. —Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo
AÓR —Archiv des ôffentlichen Rechts Ac TC —Acórdãos do Tribunal Constitucional APSR —American Political Science Review
ARSP —Archivfiir Rechts-und Sozialphilosophie BFDC — Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra BMJ —Boletim do

Ministério da Justiça CC — Constitutional Commentary DD —Democrazia e diritto Doe. Adm. —Documentación Administrativa Dir —O Direito
DÓV—Die Óffentliche Venvaltung DUR —Demokratie und Recht DVBL —Deutsches Verwaltungsblatt ED — Estado e Direito EdD —Enciclopédia dei Diritto EuGRZ —Zeitschrift Europàische Grundrechte
Fo It —Foro italiano G. Cost. — Giurisprudenza Costituzionale
JiaõR —Jahrbuch fur internationales und auslandisches òffentliches Recht JÓR —Jahrbuch des ôffentlichen Rechts der Gegenwart JUS —Juristische Schulung
JZ —Juristenzeitung NDI —Novíssimo Digesto italiano NJW—Neue Juristische Wochenschrift NVwZ —Neue Zeitschrift fur Verwaltungsrecht ÒZÕR — Õsterreichische Zeitschrift fur òffentliches Recht
PS —Political Studies PVS —Politische Vierteljahresschrift QC — Quaderni costituzionali PD —Política dei Diritto RA —Revue Administratif RaDP —Rassegna di Diritto Pubblico

RAE — Revista de Assuntos Europeus RAP —Revista de Administración Publica RDA —Revista de Direito Administrativo RD Publico —Revista de Direito Público
RbrDP —Revista brasileira de Direito Público RbrEP —Revista brasileira de Estudos Políticos RCP —Revista de Ciência Política RDE —Revista de Direito e Economia RDES —Revista de Direito e Estudos Sociais RFDL —Revista da Faculdade de Direito de Lisboa
RDP —Revista de Derecho Político RDPSP—Revue du Droit Public et de la Science Politique REDA —Revista espànola de derecho administrativo REDC —Revista Espahola de Derecho Constitucional
REP —Revista de Estúdios Políticos RFSP —Revue Française de Science Politique RIDC —Revue Internationale de Droit Compare
RJ—Revista Jurídica RHI —Revista de História das Ideias
RJ — Revista Jurídica AFDL RLJ —Revista de Legislação e Jurisprudência RMP —Revista do Ministério Público ROA —Revista da Ordem dos Advogados RIFD —Rivista Internazionale di Filosofia delDiritto RTDC —Rivista Trimestrale de Diritto Civile RTDP — Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico RTDPC —Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile Rth —Rechtstheorie TJ — Tribuna da Justiça WDStRL — Verôffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechts-
lehrer
ZOAR — Òsterreichische Zeitschrift flir auslãndisches Recht und Volkerrecht ZSR —Zeitschrift fiir schweizerisches Recht

SIGLAS DE DIPLOMAS NORMATIVOS

CEDH — Convenção Europeia dos Direitos do Homem DUDH — Declaração Universal dos Direitos do Homem
DP — L 43/90, de 10/8 (Direito de Petição)
ECE — L 31/84, de 6/9 (Estatuto dos membros do Conselho de Estado) EEL — L 29/87, de 30/6 (Estatuto dos eleitos locais) ED — L 3/85, de 13/3 (Estatuto dos deputados)

EDO — L 59/77, de 9/8 (Estatuto do Direito de Oposição) EOM — L l/76,de 17/2 (Estatuto Orgânico de Macau)
EPJ — Lei 9/91, de 94 (Estatuto do Provedor de Justiça) ER Aç. — L 9/87, de 26/3 (Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores) ERM — L 13/91, de 5/7 (Estatuto Político-Administrativo da Região
Autónomo da Madeira) ETAF —DL 129/84, de 27/4 (Estatuto dos Tribunais Administrativos e
Fiscais) LAL — DL n.° 100/84, de 29/3 (Lei das atribuições e competências das
autarquias locais)
LC 1/ 82 — Lei da 1.' Revisão da Constituição LC 1/89 — Lei da *2}* Revisão da Constituição
LCResp. — Lei 34/87, de 16/7 (Lei dos crimes de responsabilidade dos titulares dos cargos políticos) LDNFA — L 29/82, de 11/12 (Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas)
LEA — DL 701-B/76, de 29/9 (Lei eleitoral das autarquias locais) LEAR — L 14/79, de 16/5 (Lei Eleitoral da AR) LEPR — DL 319-A/76 de 3/5 (Eleição do PR) LN — L 37/81, de 3/10 (Lei da Nacionalidade) LPP — DL 595/74, de 7/11 (Lei dos Partidos Políticos) LRESE — Lei 44/86, de 30/9 (Lei do regime do estado de sítio e do estado
de emergência) LTC— L n.° 28/82, de 15/11 (Lei de Organização, Funcionamento e
Processo do Tribunal Constitucional) PD — L 6/83, de 29/7, e L 1/91, de 2/1 (Publicação, identificação e
formulário dos diplomas normativos) PIDCP — Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos PIDESC — Pacto internacional dos direitos económicos, sociais e culturais Reg. CE — Regimento do Conselho de Estado (in *DR,* 1,10-11-84) Reg. AR — Regimento da Assembleia da República

OUTRAS SIGLAS

Ac — Acórdão
Air — Assembleia legislativa regional
AR — Assembleia da República
CC — Comissão Constitucional CRP — Constituição da República Portuguesa de 1976
DL — Decreto-lei DLR — Decreto legislativo regional
DR — Diário da República

DRre — Decreto regulamentar regional
L aut. — Lei de autorização LO— Lei orgânica LR— Lei reforçada MR — Ministro da República PR — Presidente da República
Ref. — Referendo TC — Tribunal Constitucional

*VISÃO GLOBAL DA LITERATURA SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL**

A. *Direito Constitucional Português*

I — COMENTÁRIOS

CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA, V. — *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* 3ª ed., Coimbra, 1993.
MAGALHÃES, J. —*Dicionário da Revisão Constitucional,* Lisboa, 1989. MORAIS, I. / FERREIRA DE ALMEIDA, J. M. / LEITE PINTO, R. — *Constituição da República Portuguesa, anotada e comentada,* Lisboa, 1983. NADAIS, A. / VITORINO, A. / CANAS, V. — *Constituição da República Portuguesa. Texto e Comentários à Lei n." 1/82,* Lisboa, 1982.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

CANOTILHO, J. J. G. —*Direito Constitucional, 6.'* ed., Coimbra, 1993.
MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* 4 vols.: Vol. 1, 4ª ed., Coimbra, 1990; Vol. II, 3ª ed., Coimbra, 1991; Vol. III, 2ª ed., Coimbra, 1987; Vol. IV, 2ª ed., Coimbra, 1993. SOUSA, M. R. — *Direito Constitucional. Introdução à Teoria da Constituição,* Braga, 1979. CANOTILHO J. J./MOREIRA, V. —*Fundamentos da Constituição, 2-* ed., Coimbra, 1993.

III — MONOGRAFIAS

MIRANDA, J. —*A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais,* Lisboa, 1978. PIRES, F. L. —*A Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista,* Coimbra, 1988.

* A literatura que aqui se refere é uma literatura seleccionada de acordo com os seguintes critérios: (1) *globalidade* de tratamento dos problemas constitucionais, motivo pelo qual apenas são indicados tratados, manuais e livros de estudo; (2) *actualidade* e *actualização* das obras, razão que aponta para a referência a literatura que essencialmente diz respeito ao direito constitucional vigente nos respectivos países ou, pelo menos, foca problemas considerados actuais; (3) *proximidade problemática* e *influência doutrinal* das obras, o que obrigou a uma limitação das referências bibliográficas aos autores e praxis de países que, directa ou indirectamente, têm tido influência no direito constitucional português.

IV — OBRAS COLECTIVAS

Estudos sobre a Constituição, coord. de JORGE MIRANDA, 3 vols., Lisboa, 1977,1978 e 1979.
Nos dez anos da Constituição, org. de JORGE MIRANDA, Lisboa, 1987. *Portugal. O Sistema Político e Constitucional,* org. de M. BAPTISTA COELHO, Lisboa, 1989.
La Justice Constitutionnelle au Portugal, org. de P. LE BON, Paris, 1989. *Études de Droit Constitutionnel Franco-Portugais,* org. de P. LE BON, Paris, 1992. *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional,* pref. de J. M. CARDOSO DA COSTA, Lisboa, 1993.

V — JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

Pareceres da Comissão Constitucional, 21 vols., Lisboa, 1976-1982.
Acórdãos da Comissão Constitucional, publicados em apêndices ao Diário da República.
Acórdãos de Tribunais superiores e Pareceres da Procuradoria Ceral da República publicados no Boletim do Ministério da Justiça.
Pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais da Assembleia da República, 2 *vols.*
Acórdãos do Tribunal Constitucional, publicados, até ao momento, 12 volumes (1983--1988).
Acórdãos do Tribunal Constitucional, publicados na Iª e 2ª séries do «Diário da República».

VI — COLECTÂNEAS DE DIPLOMAS DENSIFICADORES DA CONSTITUIÇÃO

GOUVEIA, J. B. —*Legislação de Direitos Fundamentais,* Coimbra, 1991. SEARA, F. R. / BASTOS, F. L. / CORREIA, J. M. / ROCEIRO, N. / PINTO, R. L. —*Legislação de Direito Constitucional,* Lisboa, 1990. MARTINEZ, P. R. — *Textos de Direito Internacional Público,* Coimbra, 1991.

B. *Direito Constitucional Alemão*

I — COMENTÁRIOS

GIESE, F. / SCHUNCK, E. — *Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949,* 9ª ed., Frankfurt/ M., 1976. HAMANN, A. / LENZ, H. — *Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland, 3-* ed., Neuwied/Berlin, 1970. JARASS / PIEROTH — *Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland,* Munchen, 2ˢ ed., 1992.

LEIBHOLZ, G. / RINCK, H. J. HESSELBERGER — *Grundgesetz fiir die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-gerichts,* 6[S] ed., Kõln, 1978. MANGOLDT / KLEIN / STARCK — *Das Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz,* Vol. I, 2ª ed., Frankfurt/Berlin, 1966; Vol. II, 2ª ed., Frankfurt/ /Berlin, 1964; Vol. III, 2ª ed., Múnchen, 1974; Vol. I (Starck), 3[S] ed., Múnchen, 1985; Vol. 14 (Campenhausen), 3ª ed., Múnchen, 1981. MAUNZ, T. / DÚRIG, G. / HERZOG, R. / SCHOLZ, R. / LERCHE, P. / PAPIER, H. / RANDELZHOFER, A. / SCHMIDT-ASSMANN, E. — *Grundgesetz, Kommentar,* Miinchen, 1958 (com actualizações). MODEL, O. / MULLER, K. — *Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland,* 9ª ed., Kõln / Berlin / Bonn / Múnchen, 1981. MUNCH, J. V. (org.) — *Grundgesetz Kommentar,* 3 vols., Frankfurt/M, Vol. I, 3ª ed., 1985; Vol. II, 2ª ed., 1982; Vol. III, Iª ed., 1983. SCHMID-BLEIBTREU, B. / KLEIN, F. — *Grundgesetz fiir die Bundesrepublik,* 7ª ed., Neuwied, 1990. WASSERMANN (org.) — *Kommentar zum Grundgesetz fiir die Bundesrepublik Deutschland,* Reihe Alternativ Kommentar, 2 vols., Luchterhand, 2ª ed., 1989.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

ARNIM, H. H. —*Staatslehre der Bundesrepublik,* 1984. ARNDT, H. W. / RUDOLF, W. — *Ôffentliches Recht,* Múnchen, 1977. BADURA, P. — *Staatsrecht,* Miinchen, 1986. BATTIS/GUSY, *Einfiihrung in das Staatsrecht,* 2ª ed., Heidelberg, 1986. BENDA, E. / MAIHOFER, W. / VOGEL, H. J. — *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Berlin/New York, 2[S] ed., 2 vols., 1993. BLECKMANN, A. — *Staatsrecht,* II, *Die Grundrechte,* Kõln, 3[8] ed., 1989. DEGENHART, CH — *Staatsrecht,* 8ª ed., Heidelberg, 1992. DENNINGER, E.—*Staatsrecht,* Vol. I, Reinbeck, 1973; Vol. II, 1979. DOEHRING, K.—*Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* 3ª ed., Frankfurt/M., 1984. ERICHSEN, H. U. — *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit,* Vol. I, 3ª ed., Múnchen, 1982; Vol. II, Bochum, 1979. HAMEL, W. —*Deutsches Staatsrecht,* Vol. I, Berlin, 1971; Vol. II, Berlin, 1974. HESSE, K. — *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 18[8] ed., Karlsruhe/Heidelberg, 1991. ISENSEE / KIRCHHOF (coord.), *Handbuch des Staatsrechts,* vols. I, II, III, IV, V, VI e VIII, Heidelberg, a partir de 1987. KRIELE, M. —*Einfiihrung in die Staatslehre,* 4ª ed., 1990. MAUNZ, TH. / ZIPPELLIUS R.—*Deutsches Staatsrecht,* 28ª ed., Mtinchen/Berlin, 1991. MUCK, J. (org.) —*Verfassungsrecht,* Opladen, 1975. MUNCH, I. v. —*Grundbegriffe des Saatsrechts,* Stutggart / Berlin / Kõln / Mainz, Vol. I, 4ª ed., Stuttgart, 1986, Vol. II, 4ª ed., Stuttgart, 1987. PETERS, H. — *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung,* Berlin, 1969. IEROTH/SCHLINK, *Staatsrecht,* II, 8ª ed., Heidelberg, 1992. SCHRAMM, Th. — *Staatsrecht,* 3 vols., Vol. I, 2ª ed., Kõln, 1977; Vol. II, 2ª ed., 1979; Vol. III, 2ª ed., 1980. SCHUNCK C. / CLERK, H. —*Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und derLànder,* 14ª ed., 1993. STAFF, J. —*Verfassungsrecht,* Baden-Baden, 1976. STEIN, E. —*Lehrbuch des Staatsrechts,* 13ª ed., Tiibingen, 1991. STERN, K. — *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* Vol. I, 2ª ed., Miin-chen, 1982; Vol. II, Iª ed., 1980; Vol. III/I, 1989. WEBER-FAS, R. — *Das Grundgesetz,* Berlin, 1983. ZIPPELIUS, R. —*Allgemeine Staatslehre,* 11ª ed., Múnchen, 1991.

C) *Direito Constitucional Argentino*

I — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

BIDART CAMPOS, G. —*Derecho Constitucional,* Buenos Aires, 1964. — *Manual de Derecho Constitucional Argentino,* Buenos Aires, 1979. GONZALES CALDERON, J. — *Curso de Derecho Constitucional,* Buenos Aires, 6ª ed., 1978. LINARES QUINTANA, A. — *Tratado de Ia Ciência dei Derecho Constitucional,* Buenos Aires, 1953. QUIROGA LAVIE, H. —*Derecho Constitucional,* Buenos Aires, 1984. RAMELLA, P. —*Derecho Constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, 1986. REINALDO VANOSSI, J. — *Teoria Constitucional,* Buenos Aires, 1975.

D) *Direito Constitucional Austríaco*

I — COMENTÁRIOS

ERMACORA, F. —*Die õsterreichischen Bundesverfassungsgesetze,* 9ª ed., 1980. KELSEN, H. / FRÒELICH, H. / MERKL, A. — *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920,* 1922. KLECATSKY, H. / MORSCHER — *Die òsterreischische Bundesverfassung,* 1981. RINGHOFER — *Die òsterreischische Bundesverfassung,* 1977. SCHÄFFER (org.) — *Òsterreischische Verfassungs-und Verwaltungsgesetze,* 1981.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

ADAMOVICH / FUNK — *Ósterreichisches Verfassungsrecht,* 2ª ed., Wien/New York, 1984. ADAMOVICH, L. / SPANNER, H. — *Handbuch des õsterreichischen Verfassungsrechts,* 6ª ed, Wien/New York, 1971. ERMACORA, F. —*Ósterreichische Verfassungslehre,* Wien, 1970. KLECATSKY, H. —*Das ósterreichische Bundesverfassungsrecht,* 2ª ed., 1973. KLECATSKY / MORSCHER, *Das òsterreischische Bundesverfassungsrecht,* 3ª ed. 1982. KOJA, F. —*Das Verfassungsrecht der õsterreichischen Bundeslànder,* Wien, 1967. WALTER, R. — *Ósterreichisches Bundesverfassungsrecht,* Wien, 1972. WALTER / MAYER — *Grundriss des ôsterreichischen Bundesverfassungsrechts,* 4ª ed, Wien, 1982

E) *Direito Constitucional Brasileiro*

I — COMENTÁRIOS

Bastos, C. R. / Martins, I. G. — *Comentário à Constituição do Brasil de 1988,*
6 vols., em curso de publicação, S. Paulo. Cretella Júnior, J. — *Comentários à Constituição Brasileira de 1988,* em curso de publicação, Rio de Janeiro. Ferreira Filho, M. G. — *Comentários à Constituição Brasileira,* em curso de
publicação, S. Paulo.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

Accioli, W. — *Instituições de Direito Constitucional,* 3ª ed., Rio de Janeiro, 1984. Andrade, A. —*Lições de Direito Constitucional,* Rio de Janeiro, 1973. Bastos, C. R. —*Elementos de Direito Constitucional,* S. Paulo, 1975. —*Curso de Direito Constitucional,* 12ª ed., 1990. Bonavides, P. — *Curso de Direito Constitucional,* 6ª ed., S. Paulo, 1983. — *Direito Constitucional,* Rio de Janeiro, 3ª ed., 1988. Ferreira Filho, M. G. — *Curso de Direito Constitucional,* S. Paulo, 9ª ed., 1985.— *Direito Constitucional Comparado - Poder Constituinte,* S. Paulo, 1974. Franco, A. A. de M. — *Curso de Direito Constitucional, 2* vols., Rio de Janeiro, 1958. Jacques, P. — *Curso de Direito Constitucional,* 9ª ed., Rio de Janeiro, 1974. Neto, S. —*Direito Constitucional,* S. Paulo, 1970. Russomano, R. — *Curso de Direito Constitucional,* 2ª ed., S. Paulo, 1972. Silva, J. A. — *Curso de Direito Constitucional Positivo, &* ed., S. Paulo, 1990.

III — OBRAS CLÁSSICAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Barbosa, R. — *Comentários à Constituição Federal Brasileira,* 6 vols., São Paulo,
1932-34. Pimenta Bueno, J. A. — *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do
Império, 2* vols., Rio de Janeiro, 1857. Pontes de Miranda — *Comentários à Constituição de 1946, 2-* ed., 1953.

F) *Direito Constitucional Espanhol*

I — COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1978 Anua J. / Aulestia E. / Castells, M. — *La Constitución espahola,* S. Sebastian, 1978.Falla, G. F. — *Comentários a la Constitución,* Madrid, 1980. Goyanes, S. E. — *Constitución espahola comentada,* Madrid, 1979. Predieri, A. / Enterria, G. E. — (org.) *La Constitución espahola de 1978,* Madrid, 1980. Rodrigues, F. T. —*Lecturas sobre la Constitución Espahola,* 2 vols., Madrid, 1978. Villaamil Alzaga, Ó. —*La Constitución espanola de 1978 (Comentário Sistemático)* Madrid, 1978. Villaamil, A. (org.) — *Comentários a las Leys Políticas, Constitución Espanola de* 1978,12 vols., Madrid, 1988.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

Aguilera de Prat / P. Vilanova — *Temas de Ciência Política,* Barcelona, 1987. Alzaga, O. / Torres del Moral — *Derecho Constitucional,* Madrid, 1983. Acosta Sanchez, J. — *Teoria del Estado y Fuentes de la Constitución,* Cordoba, 1989. Álvarez Conde, E. — *Curso de Derecho Constitucional,* 2 Vols., Madrid, 1993. Aparicio, M. A. — *Introducción ai sistema político y constitucional espanol,* 1980. Clivillés, F. M. —*Introdución ai Derecho Constitucional espanol,* Madrid, 1975. Esteban, J. — *Curso de Derecho Constitucional Espanol,* 3 vols., Madrid, 1992 e 1993. Gonzalez Casanova, J. — *Teoria del Estado y Derecho Constitucional,* Barcelona, 3ª ed., 1987. Otto J. —*Lecciones de Derecho Constitucional,* Oviedo, 1980. — *Derecho Constitucional I Sistema de Fuentes,* Barcelona, 1987. Pereira Menaut, A. C. —*Lecciones de Teoria Constitucional,* Madrid, 2^5 ed., 1987. Serrano, P. N. — *Tratado de Derecho Político,* Madrid, 1976. Sospedra M. —*Lecciones de Derecho Constitucional Espanol,* I —*La Constitución,* Valência, 1981. — *Aproximación ai Derecho Constitucional Espanol. La Constitución de* 1978, Valência, 1981. Torres del Moral, A. —*Princípios de Derecho Constitucional,* Madrid, 1992. Verdu, L. P. — *Curso de Derecho Político,* Vol. I, 2ª ed., Madrid, Vol. II, 3ª ed., Madrid, Vol. IV, Madrid.

G) *Direito Constitucional dos Estados Unidos*

I — COMENTÁRIOS

Corwin, E. — *The Constitution of the U.S.A. Analysis and Interpretation,* Washington, 1959.
Schwartz, B. — *A Commentary on the Constitution of the U.S.,* 5 vols., New York, 1963/68.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

Lockmart / Kamisar / Choper / Shifin — *Constitutional Law,* 6ª ed., 1986. Novak, J. E. / Rottuna, R. / J. Young — *Constitucional Law,* 1978. Pritchett, C. H. — *The American Constitution,* 3ª ed., New York, 1977. Schwartz, B. —*American Constitutional Law,* Cambridge, 1955. —*Constitucional Law. A Textbook,* New York, 1978. Tribe, L. —*American Constitutional Law,* New York, 1978.

III — JURISPRUDÊNCIA

Forrester, M. R. — *Cases on Constitutional Law,* S. Paul, 1959.

FREUD, P. / SUTHERLAND, A. / HOWE, M. / BROWN, E. —*Constitutional Law. Cases and other Problems,* 3ª ed., Boston/Toronto, 1967. GUNTHER, G. — *Cases and Materials on Constitutional Law,* 9ª ed., Brooklyn, 1979.

H) *Direito Constitutional Francês*

I — COMENTÁRIOS

LUCHAIRE, F. / CONAC, G. — *La Constitution de la Republique Française, 2-* ed. Paris, 1987.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

AMSON, D. —*Droit Constitutionnel,* Les Cours de Droit, 1990.- ARDAND, Ph. —*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* Paris, 1991. BOURDON, J. / DEBBASCH, C. / PONTIER, J. M. / Rica, J. C. —*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 2ª ed., Paris, 1986. BURDEAU, G. — *Traité de Science Politique, 2-* ed., Paris, 1978. — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 17ª ed., Paris, 1987. BURDEAU, G./HAMON, F./TROPER, M. —*Droit Constitutionnel,* 22ª ed., Paris, 1991. CABANNE, J. C. — *Introduction à Vétude du Droit Constitutionnel et de la Science Politique,* Toulouse, 1981. CADART, J. — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 2* vols., 2ª ed., Paris, 1990. CADOUX, CH.—*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 2 vols., Paris, 1982-88 CHANTEBOUT, B. — *Droit Constitutionnel et Science Politique,* Paris, 1991. DUVERGER, M. — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 2* vols. 16ª ed., Paris, 1982. FABRE, M. H. — *Príncipes républicains de droit constitutionnel,* Paris, 4ª ed., 1984. GABORIT, P. / GAXIE, D. — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* Paris, 1978. GICQUEL — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, T* ed., 1987. GUCHET, Y. —*Elements de Droit Constitutionnel,* Paris, 1981. HAURIOU, A. (com a colaboração de J. GICQUEL e P. GÉLARD) — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 11ª ed., Paris, 1991. JEANNEAU, B. — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 7ª ed., Paris, 1987. LECLERCQ, C. —*Droit Constitutionnel, Institutions Politiques,* 5S ed., Paris, 1987. PACTET, P. — *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel,* 10ª ed., Paris, 1991. PRÉLOT M. / BOULOUIS, J. — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* 11ª ed., Paris, 1990. TURPIN, D. —*Droit Constitutionnel,* Paris, 1992. VIALLE P. — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* Lyon, 1984.

III — JURISPRUDÊNCIA

FAVOREU, L. / PHILIP, L. — *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel,* 3ª ed., Paris, 1983.

I) *Direito* ***Constitucional Holandês***

I — COMENTÁRIOS

HASSELT, W. J. C. — *Verzameling van Nederlandse Staatsregelingen en Grondwetten.*

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

BELINFANTE, A. D. / REEDE, J. L. — *Beginselen van Nederlands Staatsrecht,* 10ª ed., 1987. HAERSOLTE, R. A. V. — *Inleiding tot het Nederlandse Staatsrecht,* 8ª ed., 1983. KOOPMANS, T. — *Compendium van het Staatsrecht,* 4ª ed., 1983. KORTMANN, C. A. *J.—De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987,* 2ª ed., 1987. POT, C. W. VAN — *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht,* 11ª ed., 1983.

J) *Direito* ***Constitucional Inglês***

I — HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

GOUG, J. W. —*Fundamental Law inEnglish Constitutional History,* London, 1958. MAITLAND, F. W. — *The Constitutional History ofEngland,* London, 1908, (Reimp., Cambrídge, 1961).

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

DICEY, A. V. — *Introduction to the study of the Law of the Constitution,* 10ª ed., London, 1959. JENNINGS, J. — *The Law and the Constitution,* 5ª ed., London, 1959. LÕEWENSTEIN, K. — *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritain, 2* vols., Berlin / / HEIDELBERG / New York, 1967. MARSHALL, G. — *Constitutional Theory,* Oxford, 1980. MITCHELL, J. D. B. — *Constitutional Law,* 2ª ed., Edinburgh, 1968. PHILLIPS, O. H. — *Constitutional and Administrative Law,* 5ª ed., 1973. YARDLEY, D. C. M. — *introduction to British Constitutional Law,* 6b ed., London, 1984. WADE, E. C. S. / PHILLIPS, G. S. — *Constitutional Law, T* ed., London, 1965.

III — JURISPRUDÊNCIA

KEIR, D. / LAWSON, F. H. — Casei *Constitutional Law,* 6ª ed., Oxford, 1979. WILSON, G. — *Cases and Materials on the Constitutional and Administrative Law,* Cambridge, 1966. PHILLIPS, O. M. —*Leading on Constitutional Law,* 2ª ed., London, 1957.

L) *Direito Constitucional Italiano*

I — COMENTÁRIOS

AGRO, A. S. / LAVAGNA, C. / SCOCA, F. / VITUCCI, P. —*La Costituzione Italiana,* Torino, 1979. AMORTH —*La Costituzione italiana. Commento sistemático,* Milano, 1948. BRANCA, G. (org.) — *Commentario delia Costituzione,* 11 vols., Bologna, 1975/1982. CALAMANDREI, P. / LEVI, A. — *Commentario sistemático alia costituzione italiana,* Firenze, 1950. CRISAFULLI V. / PALADIN, L. — *Commentario breve alia Costituzione,* Padova, 1990. FALZONE, W. / PALERMO, F. / COSENTINO, F. — *La Costituzione delia Repubblica Italiana,* Milano, 1980.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

AMATO / BARBERA (org.) — *Manuale di diritto pubblico,* Bologna, 1986. BARILE, P. —*Istituzioni di diritto pubblico,* I, 5ª ed., Padova, 1987. Bozzi, A. — *Istituzioni di diritto pubblico,* Milano, 1977. CUOCOLO, F. —*Istituzioni di diritto pubblico,* 7ª ed., Milano, 1992. CRISAFULLI, V. —*Lezioni do diritto costituzionale,* 6ª ed., 3 vols., Padova, 1993. FALCON, G. — *Lineamenti di Diritto Pubblico, 2,* Padova, 1989. MAZZIOTI, M. — *Lezioni di Diritto Costituzionale, 2* vols., 2ª ed., Milano, 1993. LAVAGNA, C. —*Istituzioni di diritto pubblico,* 6S ed., Torino, 1988. MARTINES, T. —*Diritto Costituzionale, T* ed., Milano, 1992. GHETTI/VIGNOCCHI, *Corso di Diritto Pubblico,* 4ª ed., Milano, 1991. MAZZIOTI, M. —*Lezioni di diritto costituzionale, 2* vols., 2ª ed., Milano, 1993. MORTATI, C. — *Istituzioni di diritto pubblico, 2* vols., 9ª ed., Padova, 1975. Musso, E. S. —*Diritto Costituzionale,* Padova, 1986. PALADIN, L. —*Lezioni di Diritto Costituzionale,* Padova, 1988. PERGOLESI, F. —*Diritto Costituzionale, 2* vols., 16ª ed., Padova, 1962/68. PIZZORUSSO, A. —*Lezioni di diritto costituzionale,* Roma, 1978. — *Sistema istituzionali di diritto pubblico italiano,* Napoli, 1988. RESCIGNO, G. — *Corso di Diritto Pubblico, 2-* ed., Bologna, 1984. RUFFIA, P. B. — *Diritto Costituzionale - Istituzioni di diritto publico,* 15ª ed., Napoli, 1989. VIRGA, P. —*Diritto Costituzionale,* 9ª ed., Milano, 1979. ZAGREBELSKY, G. — *Manuale di Diritto Costituzionale,* Torino, 1987.

M) *Direito Constitucional Suíço*

I — COMENTÁRIOS

BURCKHARDT, W. — *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29 Mai 1874, 3ª ed., Bem,* 1931.

II — LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

AUBERT, J. — *Traité de droit constitutionnel suisse,* Neuchâtel, 1967. BRIDEL, M. —*Précis de droit constitutionnel et public suisse,* Lausanne, 1965. FLEINER, F. / GIACOMETI, Z. — *Schweizerischen Bundesstaatsrecht,* Zurich, 1949, 2ª ed., 1965.HÂFELIN / HALLER — *Schweizerisches Bundesstaatsrecht,* 2ª ed, 1988. HANGARTNER, Y. — *Grundzuge des schweizerischen Staatsrechts,* Vol. I, Zurich, 1980; Vol. II, Zurich, 1982.

RECOLHA DE TEXTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

I — Em língua portuguesa:

MIRANDA, J. — *Textos constitucionais estrangeiros,* Lisboa, 1974.
— *Constituições políticas de diversos países,* 3ª ed., Lisboa, 1986/87.
— *Constituições Portuguesas,* 3ª ed., Lisboa, 1991. GOUVEIA, J. B. — *Constituições de Estados Lusófonos,* Lisboa, 1993.

II — Em língua francesa:

BERLIA, G. / BASTID, P. — *Corpus Constitutionnel,* Leyde, 1970. Recolha mundial das constituições em vigor, 2 tomos, 5 fascículos. Obra importantíssima, mas ainda incompleta, contendo a publicação dos textos constitucionais na língua originária e em língua francesa.
DUVERGER, M. — *Constitutions et documents politiques,* 10ª ed.. Paris, 1986.
GODECHOT, J. — *Les constitutions de la France depuis 1789,* Paris, 1977.
— *Les constitutions du Proche et du Moyen Orient,* Paris, 1957. GONIDEC, P. F. — *Les constitutions des États de la Communauté,* Paris, 1959. LAVROFF, D. G. / PEISER, G. —*Les Constitutions Africaines,* Paris, 1961. PUGET, H. —*Les Constitutions d'Asie et d'Australie,* Paris, 1965. REYNTJENS, F. (org.) — *Constitutiones Africae,* Bruxelles / Paris, 1988.

III — Em língua espanhola:
ESTEBAN, J. — *Constituciones Espaíiolas y Estrangeras,* 2 vols., Madrid, 1977. CASCAJO CASTRO, J. L. / GARCIA ALVAREZ, M. — *Constituciones extranjeras contemporâneas,* 2ª ed., Madrid, 1991.

IV — Em língua inglesa:
BLAUSTEIN, P. / FLANZ, G. — *Constitutions ofthe Countries ofthe World,* New York. PEASLEE, A. — *Constitutions ofNations,* 3ª ed., 6 vols., L'Aja, 1965/70.

V — Em língua italiana
RUFFIA, P. B. di — *Constituzioni Stranieri Contemporanee,* 4ª ed., Milano, 1985.

CAPITULO 0
COMO LER E COMPREENDER ESTE LIVRO

1. Orientação profissional e orientação académica

O "Direito Constitucional", agora submetido em nova edição à publicidade crítica, mantém a sua concepção originária. Não é nem um tratado nem um manual. Debalde se procurará nele um tratamento exaustivo e global da "imensidão" de matérias hoje incluídas nos tratados de direito constitucional ou de direito político. Por outro lado, não possui a concisão e a estrutura discursiva de um manual universitário. A obra foi pensada com a finalidade de fornecer uma abordagem teórica e dogmática dos principais padrões estruturantes do direito constitucional vigente.

Sucede, porém, que a sua utilização pelos alunos como livro de texto nem sempre é fácil. A experiência pedagógica de largos anos alertou-nos para as principais dificuldades: (1) - estilo de linguagem concentrado e conotativo; (2) - constante articulação de problemas da teoria da constituição (memórias, histórias e teorias) com questões de direito constitucional positivo (interpretação e aplicação de normas, dogmática jurídico-positiva); (3) - excesso de informação com a consequente falta de "redução da complexidade".

Não obstante estas deficiências, sobretudo pedagógicas, o livro continua igual nos seus objectivos. Ensinar direito constitucional é um acto de cultura e de humanismo e mau seria privar os alunos de sugestões e insinuações incentivadoras de um melhor e mais profundo conhecimento dos problemas. Acresce que, num contexto jurídico--cultural onde escasseiam obras especializadas e o público crítico se estende para além dos muros universitários, mais vale fornecer elementos de discussão, informação e comunicação, favorecedores da ideia de constituição como *processo público,* do que encerrar os esquemas discursivos no universo repetitivo dos anos escolares.

Esta opção está, de resto, intimamente ligada ao paradigma formativo da Faculdade de Direito de Coimbra. A ciência jurídica ensinada nas "Escolas de Direito" oscila entre duas orientações fundamentais: a "orientação profissional" e a "orientação académica". A primeira procura fornecer um saber colocado directamente ao serviço do jurista prático e das suas necessidades. A segunda, sem perder a dimensão praxeológica (irrenunciável ao direito), visa proporcionar um discurso com um nível teorético-científico (no plano dos conceitos, da construção, da argumentação) que compense a "cegueira" do mero prati-cismo e evite a unidimensionalização pragmático-positivista do saber jurídico.

2. "Leitura dogmática" e "leitura teorética"

O modo como se estruturam os capítulos permite fazer a articulação entre a *teoria* e a *dogmática,* ou seja, entre *a teoria da constituição* e *o direito constitucional* vigente. A iluminação de muitos problemas jurídico-constitucionais carece de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio direito constitucional. Eis aqui um ponto importante — concebida como

teoria (e não como prática) e, simultaneamente, como *meta-teoria* (reflexão sistemática sobre a própria teoria do direito constitucional), a teoria da constituição possibilita a clarificação dos problemas do direito constitucional. Vários exemplos poderiam ser aqui trazidos à colação. Não é possível, por exemplo, discutir o conceito de constituição sem se falar em "teorias da constituição".

Seria metodologicamente empobrecedora uma análise dos direitos fundamentais sem uma prévia exposição das "teorias dos direitos fundamentais". No mesmo sentido, abordar o princípio democrático sem o suporte teórico das "teorias da democracia" implicaria o esquecimento da força sinergética das "ideias sobre a democracia".

Nem sempre os dois planos — o teórico e o dogmático, o da teoria da constituição e o do direito constitucional — são facilmente isoláveis. Assim, e para nos limitarmos a um exemplo, a discussão das funções ou multifunções dos direitos fundamentais (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 5) é indissociável da discussão teórica sobre as dimensões subjectiva e objectiva destes mesmos direitos.

As limitações de tempo e a necessidade de fornecer os padrões estruturais do direito constitucional vigente (em virtude do seu interesse prático) obriga, muitas vezes, a deixar na sombra ("matéria não preleccionada", "matéria não sumariada") a "metateoria" da teoria da constituição.

Todavia, a mensagem do texto é outra. Sem as teorias de Newton não se teria chegado à Lua — assim o diz e demonstra Sagan; sem o húmus teórico, o direito constitucional dificilmente passará de vegetação rasteira, ao sabor dos "ventos", dos "muros" e do praticismo. Mas o inverso também tem os seus perigos: a hipertrofia teorética (e filosófica) pode insinuar a transformação de modelos teorético-consti-tucionais e filosóficos em normas superconstitucionais, esvaziando ou minando a força normativa da constituição.

3. Normatividade e Fundamentalismo

As considerações antecedentes permitem já adiantar o fio condutor — o *Leitmotiv* — do presente curso. Procura-se compreender a *normatividade* de uma constituição positiva que aqui se pressupõe (cfr. *infra,* Parte I, Cap. 4^{S}, D) como integradora dos princípios fundamentais de justiça, ou seja, como "reserva" e "garantia" da justiça. O direito constitucional não se esgota na positividade das normas da constituição; deve ser um *direito justo. A* função de "reserva de justiça" do direito constitucional, se fornece o impulso para uma vigilância crítica relativamente aos conteúdos do direito "posto" e "imposto", também é um limite para quaisquer transcendências ("fundamentos últimos", "essências", "naturezas") clara ou encapuçadamente conducentes a *fun-damentalismos* ideológicos, filosóficos ou religiosos.

4. "Leitura estruturante" e discurso "historicista" e "compara-tístico"

O direito constitucional é um *intertexto aberto.* Deve muito a experiências constitucionais, nacionais e estrangeiras; no seu "espírito" transporta ideias de filósofos, pensadores e políticos; os seus "mitos" pressupõem as profundidades dos arquétipos enraizados dos povos; a sua "gravitação" é, agora, não um singular movimento de rotação em torno de si próprio, mas um amplo gesto de translação perante outras galáxias do saber humano. No entanto, o direito constitucional não se dissolve na "história", na "comparatística", nos "arquétipos"; é um direito vigente e vivo e como tal deve ser ensinado.

A compreensão acabada de referir explica o recurso a *padrões estruturais* expositivos, ordenadores dos principais módulos proble-máticos. A captação dos padrões básicos procura superar um modelo expositivo histórico-político e político-constitucional, demasiado onerado com factores genéticos e nem sempre imune à dissolução em fragmentários "factos políticos".

5. Estruturas teóricas e dogmática jurídica

Como em qualquer ciência (seja ciência da "natureza" seja ciência "social"), a Ciência do Direito Constitucional utiliza conceitos que, não raras vezes, obrigarão a suspensões na leitura e à procura desesperada do seu significado nos dicionários. Este ponto é sistematicamente salientado pelos alunos: dificuldade de compreensão de conceitos, obstáculos frequentes no entendimento do "dito" textual.

O problema, como é óbvio, prende-se com a questão mais geral de saber quais são as "memórias" culturais que os alunos devem "armazenar" para frequentar cursos universitários. Não raro acontece que se dá por ensinado aquilo que nunca se ensinou e se consideram aprendidas coisas nunca explicadas. Por último — há que reconhecer — existem sérias dificuldades de articulação (e comunicação!) entre os encarregados de várias disciplinas, criando-se sistemas de "reen-vios" formais: considera-se o ensino de certas matérias da competência de outros colegas que, por sua vez, dão como pressuposto elas serem ensinadas noutras cadeiras.

Independentemente destes obstáculos e desentendimentos, há certos pontos de partida categoriais e conceituais que os alunos devem conhecer. Fornecer uma "gramática" ou um "dicionário" do discurso não se coaduna com o tipo de ensino universitário, além de não ser razoável que um texto-base de direito constitucional se transforme em "dicionário de termos e palavras jurídicas". De qualquer modo, a descodificação de alguns conceitos estruturantes pode constituir um alerta feito aos alunos contra a interpretação *naif* de enunciados conceituais. Neste sentido, revelar-se-á o "segredo" (hoje dir-se-ia "fornecer o código" ou fazer a "descodificação") das *estruturas teóricas* subjacentes à economia narrativa deste texto e que se pretendem como vocabulário Íntersubjectivamente válido para tentar estruturar uma "ciência".

I. *Teoria:* sistema de definições, leis, axiomas, com a ajuda dos quais se tentam compreender determinados fenómenos (ex.: o fenómeno do Estado através de teorias do Estado;

o fenómeno partidário através de teorias sobre partidos e sistemas eleitorais)[x].

II. *Metateoria:* designa um conjunto de reflexões ou de proposições teoréticas sobre conhecimentos teóricos (ex.: as "teorias de constituição" são um conjunto de proposições de natureza teórica sobre o conceito de constituição).

III. *Dogmática:* complexo de conceitos e proposições (particularmente lógicos) que permite organizar e captar determinados "factos jurídicos" (ex.: a dogmática dos direitos fundamentais permite-nos captar as dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais na ordem jurídica positiva portuguesa). Neste sentido, a dogmática jurídica deve afastar-se quer dos "dogmas religiosos" ("sentido da verdade revelada por Deus") quer do dogmatismo jurídico (sistema de normas, princípios e conceitos que estabelecem e fixam irrefutavelmente decisões de valores, existentes independentemente dos factos: o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico, o dogma da unidade da ordem jurídica).

IV. *Estrutura:* conjuntos pré-relacionantes e conformativos da realidade (captados, muitas vezes, intuitivamente). Ao referirmos as "estruturas organizatórias", por ex., pretende-se pré-seleccionar os dados da realidade juridico-política referentes à organização do poder político; ao aludir-se a "estruturas subjectivas" procuram-se captar as "grandezas" englo-badoras dos direitos, deveres, situações e interesses do homem e do cidadão [2].

V. *Modelo:* é uma estrutura teórica que procura "representar" domínios ou âmbitos objectivos não teoréticos (ex.: no Cap. 2 da Parte I, falar-se-á em "modelos geo-económicos" e em "modelos geo-

políticos" para explicar o fenómeno do "desenvolvimento político").

[1] Algumas vezes, estas teorias podem ser objecto de formalização matemática. Assim, por ex., a regra do sistema proporcional — a cada um o que lhe é devido —, assenta no seguinte axioma: a percentagem de mandatos deve ser idêntica à percentagem de votos ou M = V ou (M/V) = 1 (M = mandatos e V = votos).

[2] Note-se que a moderna "teoria da ciência" de cariz estruturalista concebe mesmo as teorias científicas como "estruturas". Cfr. W. STEGMULLER, *Hauptströ-mungen der Gegenwartsphilosophie,* II, 1979, p. 480.

VI. *Paradigma:* "consenso científico" enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo (ex.: neste sentido nos vamos referir, logo no Cap. I, aos paradigmas da "modernidade" e da "pós-modernidade").

PARTE I
TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: A CONSTITUIÇÃO COMO ESTATUTO JURÍDICO DO POLÍTICO

CAPITULO 1
MODOS TRANSITIVOS: OS PARADIGMAS DA MODERNIDADE E DA PÓS-MODERNIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DA CIÊNCIA POLÍTICA

Sumario

Este capítulo introdutório é um apontamento tópico sobre algumas refracções do movimento do pós-modernismo no Direito Constitucional. O seu estudo pressupõe a leitura dos intertextos fundamentais:
J. F. LYOTARD, *La Condition Postmoderne,* Paris, Minuit, 1979 (existe trad. portuguesa, *A Condição Pós-modernà).* G. VATTIMO, *La Fine delia Moderniíà,* Garzani, 1985 (existe trad. portuguesa: *O fim da modernidade,* Presença, 1987). KOSLOWSKI, *Die postmoderne Modern,* Munchen, 1988. J. HABERMAS, *Der Philosophische Diskurs der Moderne,* Suhrkamp, Frankfurt, 1986.

Na literatura nacional podem ver-se:
BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna,* Afrontamento, Lisboa, 1989.
— "Pós-Modernismo e Teoria Crítica", in *Revista Crítica de Ciências Sociais,* Março, 1988.
— "Modemo/Pós-Moderno", in *Revista de Comunicação e Linguagem,* n.° 6/7.
— "Os direitos humanos na pós-modernidade", in *Direito e Sociedade,* 4/1989, p. 3ss.
MANUEL MARIA CARRILHO, *Elogio da Modernidade,* Lisboa, 1989. MIGUEL BATISTA PEREIRA, *Modernidade e Tempo. Para uma Leitura do Discurso Moderno,* Coimbra, 1990.

I — Novos "paradigmas", novos "saberes", novos "direitos"

Ao iniciar-se um Curso de Direito Constitucional e Ciência Política nos finais da década de 80 e começos da década de 90, poder-se--ia repetir, ponto por ponto, aquilo que um autor português escreveu há vinte anos: "à nossa volta tudo mudou".

Fazendo a *mise au point* da situação do Direito Público no fim da década de 60, escreveu ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica,* Coimbra, 1969: "se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria de deixar correr os cem anos para descobrir atónito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto dos últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado de uma nova realidade perante a qual se encontram indefesos. E o dramático, quase trágico, é que não há forças benfazejas que rasguem novas clareiras e tracem novas sendas para um regresso ao velho mundo, como numa readmissão do paraíso e, apesar de tudo, de muitos lados se nota um esforço para mergulhar na realidade com um arsenal obsoleto, e, pior ainda, com um*pathos* dissonante com os tempos".

Passada uma vintena de anos, os problemas que hoje se põem ao estudioso do direito constitucional e da ciência política são semelhantes, mas num contexto e espaço discursivos completamente outros. Em termos interrogativos: qual o *instrumentarium,* o *corpus* teórico e o *discurso* dos juspublicistas para captarem as transformações e deslocações do "espaço político" nestes últimos vinte anos? E com que "espírito", com que "alma", com que "fé", com que "pré-com-preensão", eles enfrentam os desafios de uma época que se pretende não já *moderna,* mas.sim *pós-moderna?* Terão chegado também ao campo do direito público, e, sobretudo, ao direito constitucional, novos "paradigmas", novas "modas" e novos "saberes"?

Adiantando algumas indicações que, ao longo do curso, terão outros desenvolvimentos, salientar-se-á que as inquietações de um jurista constitucional obrigam a uma *abertura* aos *novos motes* do direito e da política e à *disputabilidade intersubjectiva* desses novos motes. Em crise estão muitos dos "vocábulos designantes"-"Constituição", "Estado", "Lei", "Democracia", "Direitos Humanos", "Soberania",

"Nação"-que acompanharam, desde o início, a viagem do constitucionalismo. Começar o Curso por algumas dessas *palavras viajantes* significa não só apresentar aos alunos alguns dos *core terms* ("concei-tos centrais") da nossa disciplina, mas, também, confrontá-los com os novos "arquétipos", os novos "discursos" e os novos "mitos" do universo político.

Ultrapassaria as possibilidades de um Curso de Direito Constitucional e de Ciência Política embrenharmo-nos na complexa questão da caracterização do "pós-moderno" e da "pós-modernidade". A utilização do termo "pós--moderno" começa nas querelas literárias da década de 30, nos Estados Unidos, transita para a história (A. TOYNBEE), prossegue na arquitectura (Ch. JENCKS), é absorvido pelos sociólogos da "pós-história" (A. GEHLEN) e da sociedade pós--industrial (H. FREYER, DANIEL BELL), e culmina num poderoso movimento filosófico-cultural em que desempenham papel fundamental autores franceses como MICHEL FOUCAULT, GILLES DELEUZE, JEAN BAUDRILLARD, JACQUES DERRIDA, JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, MICHEL SERRES. Para os alunos que desejarem ir mais longe aconselha-se a leitura de J. F. LYOTARD, *La Condition postmoderne,* 1979 (trad. port. *A Condição pós-moderna);* GIANNI VATTIMO, *La Fine delia Modernità,* 1985 (existe trad. portuguesa); W. WELSCH, *Unsere Postmodern Modern,* 1987; P. KOSLOWSKI, *Die postmoderne Kultur,* Miinchen, 1988.

Na doutrina portuguesa consultem-se sobretudo os trabalhos de BOA-VENTURA DE SOUSA SANTOS: *O Social e o político na transição Pós-Moderna* (1988); *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna* (1989). Cfr. também a útil colectânea em língua espanhola de J. Pico, *Modernidad y Postmodernidad,* Madrid, 1988, e o número da revista de filosofia espanhola *DOXA* [6], (1989).

II — As "palavras viajantes"

1. Constituição

No centro do nosso estudo vai estar a "palavra" *Constituição.* Independentemente de saber qual foi a "arqueologia" deste conceito (cfr. *infra,* cap. 3.°), pode avançar-se com uma noção habitual e

tendencialmente rigorosa de Constituição:

"Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político".

Não se discutirá aqui o processo genético de tal conceito[1]. Salientar-se-á a sua consonância com a *ambitio saeculi,* isto é, com as pretensões da modernidade e do *sujeito* moderno: os homens são capazes de construir um projecto racional, condensando as ideias básicas desse projecto num *pacto fundador* — a constituição. Em termos mais filosóficos, dir-se-ia que a ideia de constituição é indissociável da ideia de *subjectividade projectante,* ou, se se preferir, da ideia de *razão iluminante ou/e iluminista*[2].

Subjectividade, racionali-dade, cientificidade, eis o *background* filosófico-político da génese das constituições modernas[3]. Através de um documento escrito concebido como produto da razão que organiza o mundo, iluminando-o e iluminando-se a si mesma, pretendia-se também converter a lei escrita (= lei constitucional) em instrumento jurídico de constituição da sociedade.

As coisas colocam-se, para os juristas pós-modernos, em termos substancialmente diferentes. A ideia de constituição como "centro" de um conjunto normativo "activo" e "finalístico", regulador e directivo da sociedade, é posta em causa de várias formas. Em primeiro lugar, assinalam-se os limites da *regulação* dos problemas sociais, económicos e políticos através do direito. O "direito só regula a sociedade, organizando-se a si mesmo" (TEUBNER). Isto significa que o direito — desde logo, o direito constitucional — é, não um direito activo, dirigente e projectante, mas um *direito reflexivo* auto--limitado ao estabelecimento de processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários *sistemas autónomos* da sociedade (jurídico, económico, social e cultural). Por isso se diz que o direito, hoje, — *o direito constitucional pós-moderno* — é um *direito pós-intervencionista* (= processualizado", "dessubstantivádo", "neo--corporativo", "ecológico", "medial")[4].

[1] Cfr., entre nós, per todos, ROGÉRIO SOARES, "Constituição", in *Dicionário Jurídico da Administração;* idem, "O conceito ocidental de Constituição", in **RLJ,** 119 (1986), p. 36 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo II, p. 20 ss..
[2] Uma exposição magistral das categorias da modernidade ver-se-á em MIGUEL BATISTA PEREIRA, *Modernidade e Tempo, para uma leitura do discurso moderno,* Coimbra, 1990, págs. 39 ss.; P. KOSLOWSKI, *Diepostmoderne Kultur,* cit., pp. 32 ss.
[3] Cfr. BRUNO ROMANO, *Soggettività, diritto e postmoderno, Una interpreta-zione con Heidegger e Lacan,* Bulzoni, 1981, p. 104 ss.; P. KOSLOWSKI/R. SPAEMANN/ /R. Low (org.), *Moderne oder Postmoderne?,* Heidelberg, 1986, p. XII.
[4] Cfr., por todos, G. TEUBNER, *Recht ais autopoietisches System,* Frankfurt/M, 1989, p. 82.

Em segundo lugar, e em conexão com o que se acaba de dizer, a constituição deixa de ser possível conceber-se com um pacto fundador e legitimador de uma acção prática racionalmente transformadora. Por outras palavras: a constituição deixa de inserir-se no processo histórico de emancipação da sociedade (quer como "texto" de garantias individuais e arranjos organizatórios de tipo liberal, quer como "programa dirigente" de cariz marxizante). Como se concebe, então, a constituição na época pós-moderna? Em termos tendenciais, adiantar-se-á a seguinte caracterização:

A *Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissen-sos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas* (TEUBNER, LADEUR).

A posição que se vai adoptar neste Curso é ainda a da modernidade. Acredita-se na consciência projectante dos homens e na força conformadora do direito, mas relativiza-se "a constitucionalização da programação da verdade "(cfr. *infra,* Parte I, Caps. 2º/B, 3º e 4º/C e D). Eis aqui uma premissa importante

de muitos dos desenvolvimentos subsequentes: à constituição de um Estado de direito democrático terá de continuar a solicitar-se uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjectivas (entre e com os homens) segundo um projecto-quadro de "estruturas básicas da justiça" (J. RAWLS), moldado em termos de uma racionalidade comunicativa selectiva (HABERMAS).

2. Estado

Desde o século passado (cfr. *infra,* cap. *2°)* que o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica (a última para os modernos, porventura a penúltima para os pós-modernos) de um *ordenamento jurídico geral* (GIANNINI) cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: (1)-*territorialidade,* isto é, a existência de um território concebido como "espaço da soberania estadual"; (2)-*população,* ou seja, a existência de um "povo" ou comunidade historicamente definida; *(3)-politicidade:* prossecução de fins definidos e individualizados em termos políticos. A organização política do Estado era, por sua vez, uma parte fundamental ("parte orgânica") da Constituição. Esta articulação do "Estado" com o "texto"-daí a tradicional designação de "Constituição do Estado" -é também questionada nos esquemas de representação da pós-modernidade. Vejamos como.

A organização política *não tem centro:* (1) é um *sistema de sistemas autónomos, auto-organizados e reciprocamente interferentes;* (2) é *multipolar e multiorganizativa.* Com efeito, ao lado do "Estado", existem, difusos pela comunidade, entes autónomos institucionais (ordens profissionais, associações) e territoriais (municípios, regiões). Daí a referência à *perda do centro* (do Estado concebido como organização unitária e centralizada) e a existência de um *direito sem Estado,* isto é, de modos de regulação (contratos, concertação social, negociações) constitutivos daquilo a que se poderá chamar *reserva normativa da sociedade civil.*

Encontra-se o "eco" das ideias acabadas de referir nos trabalhos de JOSÉ LAMEGO: "A sociedade sem 'centro': instituições e governabilidade em NIKLAS LUHMANN", in *Risco* 5/1987, p. 29 ss.; "Racionalização Social e Acção Comunicativa: o Balanço da 'Modernidade' na Teoria Crítica", in *Risco* 4/1986, p. 17 ss..

Como se irá ver no próximo capítulo, o Estado não desaparecerá totalmente do discurso político-constitucional: ele constitui *a forma de racionalização e generalização do político nas sociedade modernas,* sendo nesta perspectiva que se devem interpretar muitas das referências deste Curso à categoria política do Estado (cfr. *infra,* cap. 2.°).

3. **Lei**

Um outro conceito nuclear para a compreensão do direito constitucional da modernidade é o conceito de lei que, numa primeira aproximação (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão IV), se poderia definir da seguinte forma. *"Lei é um acto normativo geral e abstracto editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos".*

No quadro de referências do Estado Constitucional moderno, a lei era a "forma" de actuação do Estado que fixava duradoura, geral e abstractamente, as "decisões" fundamentais do poder político, estabelecia o âmbito e limites da actuação normativa do poder executivo e materializava as ideias de justiça da maioria parlamentar.

Algumas destas dimensões continuam a ser válidas no contexto do Estado constitucional democrático actual (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão IV). Todavia, assiste-se também a uma relativização do papel da lei e proclama-se sem rebuços a "crise" da lei. Porquê?

Assinala-se, desde logo, o facto de a lei transportar, à semelhança da ideia de Constituição, a ambição iluminista-racionalista do "sujeito" moderno: "codificar"a ordem jurídica e "armazenar" duradouramente as

bases gerais dos regimes jurídicos. Posteriormente, acentua-se ainda mais o carácter instrumental da lei como meio da "razão planificante". Os impulsos iluminista e planificante para a lei acabam por gerar uma espécia de *juridicização* do mundo, a *parlamentarização* legiferante da vida, a *regulamentação* perfec-cionista (= detalhada, pormenorizada) dos problemas sociais, com a consequente perda ou declínio do seu valor normativo.

Por outro lado, a lei carrega as sequelas do "centralismo e direc-cionismo" jurídico dos modernos, esquecendo a existência de *equivalentes funcionais reguladores, alternativos do direito,* como, por ex., o mercado, no plano económico, a autonomia contratual, no plano interprivado, os negócios ou *agreements* informais no plano da barganha política, as soluções comunitárias de conflitos, como, por ex., os "tribunais de bairro".

Também neste aspecto, o presente Curso de Direito Constitucional não fará tábua rasa do papel da lei perante as pressões deslegaliza-doras dos pós-modernos. Alguns princípios estruturantes como o prin-cípio da prevalência da lei, o princípio da reserva de lei e o princípio da legalidade da administração (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão IV) continuarão a merecer um relevo significativo na arquitectónica constitucional democrática. Mas alguma coisa fica das críticas e sugestões dos pós-modernos, designadamente a ideia da necessidade de tomar em consideração *os mecanismos de auto-regulação da sociedade,* conducentes:

(1) à libertação de determinados domínios da vida de uma regulamentação racionalmente finalística através do direito *(des-juridificação através da deslegalização);*

(2) acolhimento de *regras extralegais* e de *equivalentes funcionais do direito,* como, por ex., a "concertação de interesses", a governação através de "persuasões" e de "consultas", a recepção de "códigos de ética", a adesão a "recomendações" e "normas técnicas";

(3) *direcção ou autodirecção situa-tiva* através de um *direito reflexivo* que fixe as regras do jogo aos "actores"sociais, sem impor autoritariamente soluções substantivas.

Repare-se, porém: esta abertura aos *processos de polarização regulática* de uma sociedade pluralista não significa que a orientação dominante deste Curso esteja em consonância com os *ideologemas de uma sociedade sem direito* (constitucional ou legal) ou com os modelos espontânea e emocionalmente regulativos (Blankenburg). *A folie* de uma "sociedade sem direito" alerta-nos e sensibiliza-nos para a contingência histórica, na forma e no conteúdo, dos instrumentos legais regulativos.

As alternativas "extrajurídicas" ou "extralegais" não substituem, por enquanto, a função formal e material das regulações normativas dos poderes públicos legítimos.

4. A invenção do "território" e do "Estado-Nação"

Como já foi referido, as constituições ligam-se quer ao "nascimento do Estado" *(State-building,* na terminologia da moderna sociologia e ciência política americana) quer à "construção ou sedimentação de uma comunidade nacional *(Nation-building).* Daí a "representação" constitucional do Estado-Nação: um centro político — o *Estado* —, conformado por normas — as *normas* da Constituição — exerce a "coacção física legítima" —*poder* — dentro de um *território* nacional.

O problema, hoje, é o de saber se *o processo de institucionalização da modernidade* sucessivamente desenvolvido — *Estado Nacional* — *Estado de direito* —*Estado democrático* —*Estado social* — não teria chegado ao fim. Deixaremos de lado, e por agora, as querelas relacionadas com o "Estado-providência" e concentremo-nos em mais um mote da pós-modernidade político-constitucional — *a perda do lugar e da*

inércia geográfica e territorial (B. GUGGENBERG).

Assim, os fenómenos da *globalização,* com os inerentes problemas de interdependência e modificações nas formas de direcção e controlo dos regimes e sistemas políticos, levam necessariamente à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos "confins do Estado territorial" (S. HOFFMAN alude aqui, de forma sugestiva, a *"Duties beyond Borders"*). Como se poderão regular deveres e obrigações na "ausência" de um centro político estadual?

Os fenómenos de "transnacionalização" e de regresso aos "nacio-nalismos", a "invenção" de novos espaços públicos (ex.: espaços comunitários), o alargamento dos actores não governamentais, coloca novos desafios ao direito constitucional e à "teoria das normas" que lhe está subjacente. Esse desafio da pós-modernidade poderia sintetizar-se através da seguinte caracterização de constituições:

As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentradas numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ("estratégias internacionais ", "pressões concertadas") e de normas oriundas de outros "centros" transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermédias ("associações internacionais", "programas internacionais").

A globalização internacional dos problemas ("direitos humanos", "protecção de recursos", "ambiente") aí está a demonstrar que, se a "constituição jurídica do centro estadual", territorialmente delimitado, continua a ser uma *carta de identidade política e cultural* e uma *mediação* normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos *(hard law),* ou mais ou menos flexíveis *(soft law),* progressivamente forjados por novas "unidades políticas" ("cidade-mundo", "europa comunitária", "casa europeia", "unidade africana").

5. Direitos individuais

Um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos "direitos do homem" como *ratio essendi* do Estado Constitucional (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. I[fi], e Cap. 5[a]). Quer fossem considerados como "direitos naturais", "direitos inalienáveis" ou "direitos racionais" do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma *dimensão projectiva de comensuração universal.* Além de apontarem para a realização *progressiva* do homem num mundo *progressivamente* melhor (tensão escatológica), os direitos do homem forneciam um "critério", um "fundamento", uma "verdade", um "valor" universal para se distinguir entre "Estado constitucional" e "Estado não constitucional" (cfr. *infra,* Parte I, Cap. 3[Q]).

Alguma coisa mudou no pós-modernismo. Aparentemente, assiste-se ao revigorar do *subjectivismo* nos direitos fundamentais, em sintonia com o "subjectivismo radical" que se detecta na poesia, na música, na nova "religiosidade", nos movimentos políticos e até nas teorias científicas. O mundo pós-moderno será mesmo um *mundo plural* (dos "discursos", das "histórias", das "ideias", dos "progressos") onde existe apenas um singular: *o indivíduo.*

Todavia, este indivíduo singular assume-se como *pós-sujeito:* renuncia a "verdades universais" e, em vez de projectar mundos, encontra os "fenómenos" e os "sistemas". Neste sentido se diz que é um *indivíduo topológico,* um "espectador de aconteceres" soberanamente "indiferente".

A posição expressa em desenvolvimentos subsequentes deste Curso (cfr. Parte IV, Padrão I, referente ao Estado de direito, e Padrão II, referente aos direitos fundamentais) assentará ainda:

(1) na ideia de os direitos fundamentais continuarem a constituir a *raiz antropológica* essencial da legitimidade da constituição e do poder político;

(2) no pressuposto de que se não há, hoje, "universalidades", "dogmatismos morais", "metafísicas humanistas", "verdades apodícticas", "valores éticos indiscutíveis", pode, pelo menos, estabelecer-se uma *acção comunicativa* [5], ou, se se preferir, *intersubjectiva,* entre os homens, em torno de certas dimensões de princípio que implicam sempre um mínimo de comensuração universal e de intersubjectividade;

(3) esta dimensão de universalidade e de intersubjectividade reconduz-nos sempre a uma referência — os direitos do homem.

6. Os pactos fundadores: razão moderna ou mitopoiética pós--moderna?

Como explicar a emergência de novos "pactos fundadores"? Em termos de *narratividade* moderna a resposta é *racional:* pretende--se um esquema político de regras que definam um esquema de actividades e uma justa configuração das instituições sociais-"estruturas básicas"-, de forma a permitir aos homens a organização e funcionamento de uma "sociedade bem ordenada".

Em termos pós-modernos, a criação de um "pacto fundador", como é a constituição, procura-se, antes, em estruturas simbólicas, míticas ou arquetípicas. Em vez de "pacto fundador" fala-se em "mito" ou "mitos fundadores".

Uma *mitopoética* narrativa, oracularmente captadora de "densos agregados significantes", "ínsitos na profundeza da alma popular",

[5] Cfr., sobretudo, J. Habermas, *Vorstudien und Ergànzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns,* Frankfurt, 1984. Salientando que o relativismo cultural não é incompatível com o universalismo dos direitos do homem, cfr. Koslowski, *Die postmoderne Kultur,* cit., p. 157 ss.

apela aos "mitos fundamentais" como operadores interpretativos (ex.: "mito do eterno retorno", "mito da idade do ouro") em vez de se alicerçar na argumentação, no raciocínio, na ordem lógica da demonstração, na razão constitucional.

Que dizer desta tentativa de conceber as constituições como "conjunto de mitos"? O "regresso do mito" (G. Durand) pode significar, positivamente, o dinamismo da vida sempre recomeçada (Mafe-soli), mas pode também, negativamente, transformar a explicação mitopoiética numa forma de manipulação do real, num modo de transcendência da "conexão dos acontecimentos", numa proposta alternativa da constituição "para trás", em direcção aos mitos edénicos e aos arquétipos profundos da alma", sem qualquer ligação com os contratos que os homens, aqui e agora, estabelecem como regras básicas da vida comunitária[6].

III — O paradigma do informal — O Estado Constitucional informal

1. Refluxo político e refluxo jurídico

O "informal é que está a dar", assim dizem os jovens a pretexto das mais variadas *coisas* e *pessoas.* De um modo idêntico, poderíamos transferir o "dito" para o âmbito do direito constitucional e afirmar: "o Estado Constitucional informal é o que está a dar". Em linguagem comum insinua-se a emergência, no âmbito do direito constitucional, de um novo paradigma: *o paradigma do Estado Constitucional informal.* Para um cultor do direito público, educado e formado dentro dos paradigmas científicos da modernidade, falar de um "Estado Constitucional informal" é quase utilizar o ponto arquimediano contra si mesmo.

Não significou a criação de uma constituição uma *tentativa de ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito? O* binómio *"razão/experiência"* do ilumi-nismo não postulava necessariamente um documento escrito como receptor/codificador dos esquemas racionais aplicados à prática? Que

[6] Para o estudo destes problemas veja-se, entre nós, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Mito e Constitucionalismo,* Coimbra, 1990; *idem,* "A Constituição como mito" e "Mito e ideologias (Em torno ao preâmbulo da Constituição)", ambos em *Pensar o Direito,* Coimbra, 1990.

se pretende, no fundo, com a "informalização" e "aformalização" do Estado Constitucional?
O paradigma do informal não se pode desligar do debate em torno do *refluxo político* e do *refluxo jurídico.* No âmbito político assiste-se ao *refluxo da política formal* (do Estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das formações sociais rigidifiçadas); no domínio jurídico, o espectáculo é o *refluxo jurídico* (deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a sociedade).

A interpretação ou imbricação destes dois fenómenos tem sido posta em relevo, considerando-se que o "refluxo político", articulado com o "refluxo jurídico", encontra refracções concretas nos fenómenos:

(1) da *des-oficialização,* traduzida no amolecimento da supremacia hierárquica das fontes do direito formal, sobretudo do Estado;

(2) da *des-codificação,* expressa na progressiva dissolução da ideia de "código" como *corpus* coerente e homogéneo, cultural e superior do direito legal;

(3) da *des-legalização,* isto é, retirada do direito legal e até de todo o direito formal estadual *(des-regulamentação)* e restituição das áreas por ele ocupadas à autonomia dos sujeitos e dos grupos.

O trânsito para a ideia de Estado Constitucional informal ganha, neste contexto, transparência: se a regulamentação jurídica formal deve ser substituída por outros mecanismos (ex.: económicos) ou por estruturas informais (ex.: tribunais de leigos), então também o direito constitucional formal se deve retirar da vida e da política para, num dinâmico *processo público aberto,* incorporar, preferencialmente, *regras* não cristalizadas na constituição escrita ou em quaisquer outros textos jurídicos.

2. As regras constitucionais informais

O acolhimento de regras constitucionais informais, no âmbito do Direito Constitucional, não significa a dissolução da constituição formal na velha "constituição real", nos "factos políticos". As regras informais constitucional-mente relevantes têm de obedecer a certos requisitos, nem sempre explicitados ou até desconhecidos pela euforia informalista, como pôs em relevo M. SCHULTZ FIELITZ *Der informale Verfassungsstaat,* Berlim, pág. 20 segs. As *informalidades* "normativas" ou "regulativas" obedecem a certos requisitos: 1) devem constituir *expectativas regulares de comportamentos* que ganharam profundidade institucional, de forma a serem consideradas como verdadeiras regras de comportamento e decisão; 2) devem ter *conexão imediata com as normas jurídico--constitucionais,* a título de regras complementares ou de instrumentos de praticabilidade e de exequibilidade (ex.: uma conversa a alto nível dos lideres partidários não é, certamente, uma regra constitucional informal); 3) devem ter *um fundamento de validade jurídica,* tendendo os autores a procurá-lo num *consenso processual e material,* possibilitador da formação de vontade política, dentro dos limites das normas e princípios do direito constitucional formal (H. SCHULTZ-FIELITZ).

CAPITULO 2

O MUNDO AMBIENTE CIRCUNDANTE/ESTRUTURANTE DO POLÍTICO E DA CONSTITUIÇÃO

Sumário

ATO POLÍTICO COMO OBJECTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

I — Política e usos de linguagem

Neste Curso de *Direito Constitucional* partir-se-á do seguinte "objecto" convencional da nossa disciplina:
(1) — o objecto da *Ciência Política* é o estudo do político;
(2) — o objecto do *Direito Constitucional* é o estudo do *estatuto jurídico do político.*

Compreende-se, assim, a necessidade de uma aproximação pro-blematizante ao *conceito de político.* O político — vai ser este o fio condutor — não é uma essência invariável, antes se conexiona com práticas humanas cambiantes e multiformes. Uma das formas de captar o fenómeno do político é, precisamente, a análise dos *usos* do vocábulo *política.* Dito de outro modo: para se ganhar algum conhecimento sobre as realidades extralinguísticas designadas por "políticas" é cientificamente aceitável começar pelos usos dos vocábulos tal como estes se revelam nas mensagens comunicativas dos falantes de uma determinada comunidade.

Subjacente a este ponto de partida estão os seguintes pressupostos metodológicos e científicos: (1) o uso(s) da palavra política(o) não é um *a priori* arbitrário; (2) a palavra político(a) tem referentes extralinguísticos (mesmo quando as realidades não são entidades exteriores mas estados de consciência); (3) os objectos políticos são "constructas" humanas, isto é, são convencionalmente constituídas ("pré-constituídas" ou "auto-constituídas"); (4) a consideração como *convencional* aponta para a exclusão tendencial de objectos políticos decantados como "essências" ou revelados como "trans-cendências" ("objectos essencialmente políticos", "objectos transcendental-mente políticos").

Para um aprofundamento da intertextualidade informadora destes pressupostos metodológicos aconselha-se a leitura, difícil mas estimulante, de WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas,* Lisboa, 1987; RICHARD RORTY, *A Filosofia e o Espelho da Natureza,* Lisboa, 1988.

De sublinhar, porém, que a tentativa de abordar o político através dos usos da linguagem comum não significa qualquer resignação sobre a possibilidade de *reconstrução* de um conceito de político bem radicado na política e

Indicações bibliográficas

A) SOBRE O POLÍTICO

1. Político

Denquin, *Science Politique,* Puf, Paris, 1985, p. 15 ss.

Gonzalez Casanova, *Teoria dei Estado y Derecho Constitucional,* 3.' ed., Barcelona, 1987, p. 3 ss. Sartori, *Elementi di Teoria Política,* II Mulino, Bologna, 1987, p. 241 ss.

2. Teorias do Político

Schlosser/H. MAIER/Th. Stammen, *Einfuhrung in die Politikwissenschaft,* Beck,
2." ed., Miinchen, 1977, p. 23. K. von Beyme, *Politische Theorien der Gegenwart, Eine Einfuhrung,* 2." ed.,
Miinchen, 1974 (Existe trad. espanhola: *Teorias Políticas Contemporâneas.*
Una Introducción, Instituto de Estúdios Políticos, Madrid, 1977. J. J. Gomes Canotilho, *Tópicos de Ciência Política,* 1984/85 (policopiados).

B) SOBRE O POLÍTICO E O ESTADO

1. O político e o Estado

M. Grawitz/J. Leca, *Traité de Science Politique,* Puf, Paris, 1985, Vol. **I,** p. 389.

2. Sobre a problemática do desenvolvimento político

Pie, *Aspects of Political Development,* Boston, Little-Brown, 1967, (existe tradução brasileira)
La Palombara, *Bureaucracy and Political Development,* Princeton, Princeton University Press, 1963 (há tradução espanhola).

3. Relativamente à edificação do Estado-Nação

P. Anderson, *Lineages of the Absolutist State,* New Left Books, 1974 (há tradução portuguesa).
S. Rokkan, "Dimensions of State Formation and Nation-Building: a Possible Paradigm for Research on Variation Within Europe", in C. Tilly (Org.) *The Formation of National States in Westens Europe,* Princeton, Prince-ton University Press, 1975.
I. Wallerstein, *The Modern World System,* New York, Academic Press, 1974 (Existe tradução portuguesa).
— *The Capitalist World Economy,* London, Cambridge University Press, 1979.

4. Trabalho global sobre as teorias do desenvolvimento político

B. Badié, *Le Développementpolitique,* Paris, Económica, 3."ed., 1984.

5. Literatura em língua portuguesa

P. Anderson, *Linhagens do Estado Absolutista,* Ed. Afrontamento, Porto, 1984.
T. Skocpol, *Estados e Revoluções,* Ed., Presença, Porto, 1985.
J. Strayer, *As origens medievais do estado moderno,* s.d., Ed., Gradiva.
I. Wallerstein, *O Sistema Mundial Moderno,* Lisboa, vol. I, 1990.

6. Político e sistema

Maurice Duverger, *Sociologia da Política,* Coimbra, 1983, p. 257 ss. Madeleine Grawitz/Jean Leca, *Traité de Science Politique,* Paris, 1985, Vol. **I,** p. 335 ss.

7. Político e jogo político

Maurice Duverger, *Xeque-Mate,* Lisboa, 1978.
Pierre Bourdieu, *O Poder Simbólico,* Lisboa, 1989, p. 163 ss.

que é usado pelos investigadores com um alto grau de acordo intersubjectivo. Uma defesa vigorosa da necessidade de reconstrução de *conceitos políticos explicativos* (não meramente *declarativos* ou marcadamente *estipulativos)* encontrar-se-á em Felix Oppenheim, *Political Concepts. A Reconstruction,* Chicago, University Press, 1981 (utilizámos a ed. italiana, II Mulino, Bologna, 1985, p. 235 ss). Como iremos ver em seguida, a propósito do núcleo empírico do político, uma perspectiva empirista também não dispensa a utilização de conceitos com um "uso bem radicado na ciência" (e não apenas na linguagem comum). Cfr., por todos, a obra fundamental de G. G. Hempel, *"The Meaning of Theoretical Terms: A Critique of The Standard Empiricist Construa",* in *Logic, Methodology and Philosophy of Science,* Vol. IV, Amsterdam, North--Publishing, 1973, p. 372. Uma visão global quanto aos problemas da determinação do objecto na moderna teoria da ciência ver-se-á na excelente tese de J. M. Aroso Linhares, *Regras da Experiência e Liberdade Objectiva dos Juízos de Prova,* Coimbra, 1988, p. 164 ss.

1. Política/gestão

O quotidiano da comunicação alerta-nos frequentes vezes para o uso da palavra política no sentido de *complexo de objectivos,* previamente definidos, conexionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para os atingir.

Quando se fala, por exemplo, de "política da agricultura", de "política da energia", de "política dos transportes", de "política do emprego", de "política da universidade", tem-se sempre em vista a *existência objectiva de um problema* posto aos homens pela realidade natural e social, bem como as *escolhas*

possíveis e racionais em face dos *meios existentes* para os solucionar.

A política assume aqui uma *dimensão objectiva:* os problemas existem, a comunidade terá de os enfrentar, a política visa resolvê-los, pelo menos tendencialmente. Esta constatação aponta já para o facto de a política pressupor a definição de objectivos, a escolha de soluções e a obtenção de meios. Ela liga-se, como vai ver-se em seguida, à ideia de estratégia.

2. Política/estratégia

Ao implicar a definição de objectivos, a escolha de soluções, a obtenção de meios e a tomada de decisões, a política é sempre *política de homens* ou de *grupos humanos* (exs: a "política do governo *X* ", a "política do partido / ", a política fiscal do ministro *X* ", a "política do primeiro-ministro").

Aqui, o acento tónico incide não tanto na existência objectiva de problemas, mas nas escolhas, nos fins e nos meios subjectivamente definidos ou individualizados por um governo, por um partido, por um grupo social ou económico. A política aproxima-se da ideia de *estratégia* adoptada por determinados sujeitos (ministros, partidos, governos, grupos) para resolver determinados problemas da comunidade.

3. Política/factos específicos relevantes do domínio do político

Os usos anteriores podem considerar-se *usos* comuns da palavra política. Poderíamos também falar aqui, como faz Denquin [1], de *usos externos,* susceptíveis de serem expressos por outros vocábulos. Assim, em vez de "política partidária" é possível aludir a uma "estratégia partidária"; em substituição da "política da universidade" é habitual usar o termo "questão ou problema da universidade".

Todavia, deparamos também com usos que não dispensam o próprio qualificativo de político. Quando se discorre sobre um "discurso político" ou sobre um "conflito político", o qualificativo "político" insinua ou sugere a existência de "factos" dotados de certas características, isto é, factos que relevam do *mundo ou universo do político. A* captação do sentido através do seu uso parecer ser, neste caso, insuficiente, impondo-se a compreensão da *construção convencional dos objectos políticos.*

II — Objectos políticos

A dificuldade de acesso aos chamados "objectos políticos" resulta já de algumas considerações anteriores. Por um lado, não existem objectos políticos "essenciais" ou "transcendentais". Por outro lado, não há um "objecto político" teoricamente constituído.

1. Objectos políticos e vocábulos designantes

Uma possibilidade para resolver o problema da caracterização dos objectos políticos encontra-se na delimitação do universo do polí-

[1] Cfr. Jean-Marie Denquin, *Science Politique,* Puf. Paris, 1985, p. 31 ss. Cfr. também J. A. Gonzalez Casanova, *Teoria dei Estado y Derecho Constitucional,* 3.ª ed., Barcelona, 1987, p. 3 ss.

tico através de *termos centrais.* Fred Frohock[2] alude a *core terms* para exprimir a ideia de que o objecto do político, convencionalmente constituído, é *designado* pelos termos centrais de *directividade* e *agregação,* dado que a acção política visa dirigir comportamentos num espaço colectivo e estabelecer as agregações de interesses de indivíduos e grupos. Os vocábulos designadores "centrais" ou "vocábulos designantes" não são "propriedades" ou "essências" do político nem o podem delimitar em termos rígidos para todos os mundos possíveis.

De qualquer forma, através deles, delimita-se, de modo aproximado, um universo — o *universo político* —, que poderemos definir como o espaço socialmente constitutivo de contradições e agregação de

interesses, regulado por titulares do poder político que dispõem do monopólio da coacção física legítima[3]. Nesta concepção do político estão implícitas (mas não na sua forma pura) algumas das dimensões que várias *teorias do político* (a que, em seguida, se fará referência) consideraram, ao longo dos séculos, como elementos constitutivos do político.

2. Objectos políticos e núcleo empírico do político

A perspectiva aqui sugerida afasta-se de uma concepção puramente teorética ou ontológica do político, ao salientar que o político não é um "dado" mas uma *"convenção social"* insinuadora de referentes, globalmente constitutivos do *núcleo empírico* do político. A articulação de vocábulos centrais designantes com objectos políticos empíricos evita o perigo das "definições prescritivas" que fixam ou descrevem *significados* impostos por determinadas *normas* de usos, e, consequentemente, veiculadoras do *discurso* dos grupos dominantes. Além disso, podem não se encontrar palavras ou existirem vocábulos muito diferentes para designar ou denotar o mesmo conjunto de objectos políticos. Pode, por exemplo, não ser conhecido o vocábulo "Estado", mas existirem autoridades, poderes e forças que desenvolvem actividades "estaduais" ou "políticas".

É a partir do núcleo empírico do político, espacial e temporal-mente variável, que se poderá falar de "actividades políticas"por excelência como: (1) *actividade política e legislativa,* através da qual

: Fred Frohock, "The Structure of Politics'". in APSR, vol. 72 (1978), p. 859 ss. [3] Cfr. Madeleine Grawitz/Jean Leca, *Traité de Science Politique,* Puf, Paris, 985, vol. I, p. 389.

se estabelecem regras de comportamentos e se determinam os fins, tarefas e princípios do "governo" comunitário;

(2) *actividade executiva e/ou administrativa* mediante a qual se executam as regras de comportamento, se organizam serviços e estruturas e se obtêm recursos;

(3) *actividade jurisdicional* que visa essencialmente a aplicação dos modelos normativos de comportamento a casos concretos.

Não obstante o que se acaba de afirmar sobre a "não essencialidade" dos objectos políticos, reconhece-se que o discurso desenvolvido no texto em torno dos "usos da política" e dos "objectos políticos" supõe duas formas de predicação diferentes. No primeiro caso estamos perante uma predicação Íntralinguística *{legetai tinos,* na terminologia de Aristóteles) incidente sobre vocábulos ou palavras (ex: "esta é a política do primeiro-ministro"). No segundo caso — o dos objectos políticos — (ex: este "discurso é político", "este homem é político", esta "tarefa é política") dizemos alguma coisa sobre a realidade, afirmamos algo sobre "coisas" (o "discurso", o "homem", a "tarefa"). Trata-se de uma predicação extralinguística *(einai en tini,* na terminologia aristotélica). Sobre estes pontos, leia-se o importantíssimo livro de René Thom, *Parábolas e Catástrofes,* Lisboa, 1985, p. 180. Sobre o problema do "núcleo empírico" vide G. Canguilhem, *Études d'Histoire de la Philo-sophie des Sciences,* Paris, Vrin, 1975, p. 16.

III — Teorias do político

1. Teorias do político

As observações finais do número anterior servem para uma outra aproximação aos objectos políticos. Se, como se disse, ao afirmar-se que "um discurso é político" ou este "homem é político" se recorre a predicações extralinguísticas, pois a uma substância ("discurso", "homem") acrescentamos um acidente ("político"), isso significa que através do predicado "comunicamos" com algumas "coisas" políticas. E aqui surge o problema: se o político não é uma essência ou um dado mas uma convenção, como o distinguir de outros domínios como a moral, a economia e a religião? E se o político é uma *constructa* humana por que é que falar de um "gato político" ou de uma "árvore política" é um verdadeiro *non sense,* mas já o não é se aludirmos a "conflito político", a "preços políticos", a "discurso político"?

A resposta às perguntas anteriores explica a proliferação de *doutrinas ou teorias do político.* Ligado à filosofia prática clássica, surge-nos o *conceito normativo-ontológico de político:* política é o campo das decisões obrigatórias, dotadas de *autoritas* e de *potestas,* que têm como escopo o estabelecimento e

conservação da ordem, paz, segurança e justiça da comunidade. Trata-se de um conceito:

(i) *normativo,* porque não tem como referente uma realidade empírica, existente e determinada, antes acentua a ideia de acção política, orientada para a realização de certos actos e fins, através da qual o homem consegue uma existência humana, verdadeira e justa;

(ii) *ontológica,* porque reconhece os valores e os princípios que devem nortear a acção política como princípios reais pertencentes à área do ser (ontologia especial)[4].

Reclamando-se da tradição sofística, da "arte política" de N. Maquiavel, do pensamento político de Hobbes, e, em geral, das correntes naturalistas e voluntaristas, o *conceito realista do político* procura captar as dimensões do político, não a partir da "justiça", da "boa ordem", da "vida virtuosa", mas tendo em conta o fenómeno do *poder.*

O poder converte-se, assim, na fórmula chave para a compreensão do político: o político é toda a relação de domínio de homens sobre homens suportado por meio da violência legítima (MAX WEBER) OU, para utilizarmos uma formulação mais recente, é a trama persistente de relações humanas que implica, em medida significativa, poder, domínio ou autoridade (R. DAHL). Ainda por outras palavras colhidas num outro autor contemporâneo: o político reconduz-se a *decisões* "colectivizadas" soberanas, coercitivamente sancionáveis (G. SARTORI).

Aproximando-se, em alguns aspectos, da teoria realista do político, mas integrando as decisões e o poder político numa teoria globalmente materialista da história e da sociedade, surge-nos o *conceito marxista de político.* Político é o campo das relações entre as diversas práticas políticas e o Estado. Importante, nesta concepção, é a referência do político ao *Estado,* concebido como nível específico de uma formação social no interior do qual se condensam as contradições entre os vários níveis sociais (económico, político, cultural). Considerar o Estado como referente do político só tem sentido, por conseguinte, quando ele é concebido como "resumo da sociedade", como instância que mantém a unidade e coesão dos vários níveis de uma formação social (POULANTZAS, FOSSAERT).

Opõe-se quer a perspectivas normativas quer a orientações uni-lateralmente voltadas para o Estado a *antropologia política.* Esta con-

[4] Cfr. D. SCHLOSSER/H. MAIER/TH. STAMMEN, *Einfuhrung in die Politiwis-senschaft,* 2.ª ed., Miinchen, 1977, p. 23.

sidera o político inerente ao poder, mas o poder não é necessariamente o "poder do Estado", pois ele aparece em todas as sociedades como resultante da necessidade de luta contra a entropia positiva ameaçadora de desordem (BALANDIER). Consequentemente, mesmo nas chamadas sociedades *fragmentárias* ou *acéfalas,* emerge o político, a partir do momento em que as relações sociais ultrapassam simples relações de parentesco e surge a competição entre os indivíduos e os grupos.

Como se poderá intuir das considerações do texto, a maior parte das aproximações ao conceito de político insinuam sempre, como seu referente, posições de estadualidade institucionalizada alicerçadas em competências dotadas de poder de decisão vinculativo. A referência ao "Estado" não implica necessariamente uma concepção "estatal" de político. Uma política de "não decisão", isto é, a não tomada de decisões pelo Estado é uma atitude tão "política" como a tomada de decisões (cfr. P. BACHRACH/N. S. BARATZ, *Power and Poverty*). De igual modo, a opção por modelos de "desestatização" (privatiza-ção) — de inspiração liberal, católica ou ecológica — é uma expressão de estratégia política do Estado.
O aprofundamento das críticas antropológicas aos conceitos estatizados do político pode ver-se N. ROULAND, *Anthropologie Juridique,* Paris, 1988, p. 78 ss.

2. Efeito de "filtro" do político

As teorias anteriores (e muitas outras poderiam ter sido referidas) sugerem fundamentalmente duas

coisas:

(1) que ao conceito de político se associa uma função de *filtro* ou uma função selectiva no sentido de possibilitar a captação de vários aspectos da realidade social complexa com "distintividade política";

(2) que o conceito de político não se pode nem deve divorciar de paradigmas *intracientíficos* e de factores *extracientíficos.*

Através da "distintividade do político" procura-se evitar o redu-cionismo sociológico — a *sociologização da política* —, pois se "todo o social é susceptível de se tornar político" (M. GRAWITZ) e se o político é uma "função societária" historicamente variável ("historicidade ou tempo do político"), também é certo que as sociedades assistem progressivamente à *politificação* (P. DUCLOS).

Por politificação entende-se, neste curso, o fenómeno de diferenciação, dentre as estruturas sociais, do *político:* (1) traduzido na crescente *institucionalização* de sistemas de *direcção* e de *controlo:* (2) assentes na *legitimação do título* por parte dos detentores das funções de comando e constrangimento;

(3) na *legitimidade* da ordem comum a que se subordinam a actividade e o arbitrário individuais (J. FREUND) [5].

Relativamente às condicionantes *intracientíficas,* a resposta ao problema da identidade do político depende da evolução da ciência em geraL Assim, por exemplo, quando na Antiguidade e na Idade Média a ciência se identificava, em grande parte, com a filosofia, e a ciência política se considerava como parte da filosofia política, é natural que esta definição e caracterização epocal da ciência conduzisse, no âmbito das ciências sociais, a uma concepção ontológico--normativa do político. Da mesma forma, quando, na época moderna, triunfou a metódica das ciências naturais, compreende-se também o esforço dos cultores das ciências sociais no sentido de criarem uma "ciência positiva da política".

O triunfo do idealismo hegeliano, e, posteriormente, da teoria materialista da história da sociedade no sentido marxista, explicam a recondução do político ao Estado e a diluição da política nas infraestruturas económicas. Finalmente, o desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais, do behaviourismo e da antropologia, tiveram como consequência lógica a deslocação da paradigma estadual a favor dos paradigmas sistémicos e estruturais-funcionalistas, e a descentração da ciência política de estruturas holísticas (Estado, modos de produção, classes) a favor do comportamentalismo individual e dos "arquétipos" profundos antro-pologicamente sedimentados (psicologia das profundidades).

Acrescente-se, por último, que, em virtude do carácter *aberto, vago* e *ambíguo* de alguns dos conceitos centrais da ciência política e do direito constitucional (poder, autoridade, representação, classe, interesse), os autores falam da *disputabilidade essencial* dos conceitos políticos. Isto porque, à vaguidez, abertura e ambiguidade desses conceitos se acrescenta ainda o facto de eles serem usados em sentidos diversos, reveladores de escolhas políticas contrastantes e até antagónicas [6].
Um estudo desenvolvido das teorias do político, pode ver-se em KLAUS VON BEYME, *Politische Theorien der Gegenwarts. Eine Einfuhrung,* 2.ª ed., Múnchen, 1974 (trad. espanhola: *Teorias Políticas Contemporâneas, Intro-duccion,* Madrid, 1977).
A referência ao "efeito de filtro" do político colheu-se em DIRK BERG-SCHLOSSER/HERBERT MAIER/THEO STAMMEN, *Einfuhrung in die Politikwis-senschaft,* 2.ª ed., Múnchen, 1977, p. 35). A noção de politificação encontrou-se em P. DUCLOS, "La Politification: trois exposés", in *Politique,* n.° 14/1966, p. 29-72.

3. O estatuto jurídico do político

As diversas "teorias" do político sugerem que uma "ciência" do político não deve ser entendida nem como simples "ciência dos factos"

[5] Cfr. DANIEL-LOUIS SEILER, *Comportement Politique Compare,* Paris, 1985, p. 157 ss.
[6] Cfr. B. CLARKE, "Essentialy Contested Concepts", in *British Journal ofPoli-tical Science,* 1979, n.° 9, p. 125.

nem como pura "ciência normativa". Isto parece indiscutível quando se tenta "isolar" a realidade política: por um lado, preocupamo-nos com as questões da verdadeira natureza da realidade política e com a

explicação dos fenómenos ou acontecimentos políticos (teorias "realistas" do político); por outro lado, a descrição da realidade política não se divorcia do estabelecimento de *padrões* ordenadores da vida social e política, isto é, de medidas de valor segundo as quais a realidade deve ser valorada e/ou criticada ("teorias normativas do político"). O "político" transporta sempre duas componentes: uma *componente fáctica* e uma *componente normativa* (ZIPPELIUS)[7].

Esta mesma *complexidade do objecto* está presente quando se discute o problema das relações entre direito/política, constituição/ /realidade constitucional. Independentemente da aceitabilidade das duas componentes — fáctica e normativa — na constituição da realidade política, a dimensão da juridicidade ganha relevo ao verificar-se que muitas das acções políticas são disciplinadas por *regras preceptivas ou normativas, postas* e/ou *impostas* segundo procedimentos ou processos adequados (= regras jurídicas). Estas regras, nas sociedades modernas, são prevalentemente reveladas por *mensagens linguísticas* escritas. É o que acontece com o *direito constitucional,* considerado como *direito para o político* (SMEND), pois, através de regras preceptivas escritas (cfr., *infra,* o conceito de constituição), este direito estabelece um verdadeiro *estatuto jurídicqjiq^^olítico* ao:

(1) definir os \ princípios políticos constituciõnálmente estruturantes, como, por j exemplo, o princípio democrático, o princípio republicano, o princí- j pio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, o prin- ; cípio pluralista;

(2) ao prescrever a forma e estrutura do Estado í ("Estado Unitário". I nlo Federal", "Estado Regional") e a forma e j estrutura de governo ,' . gime político: regime misto parlamentar-pre-sidencial, regime parlamentar, regime presidencialista);

(3) ao estabelecer as competências e as atribuições constitucionais dos órgãos de direcção política (Presidente da República, Assembleia da República e Governo);

(4) ao determinar os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das subsequentes tomadas de decisões por parte dos órgãos político-constitucionais.

Sintetizando estas ideias do direito constitucional como direito político, dir-se-á que se trata: *a)* de um direito *sobre* o político (dado que, entre outras coisas, tem como objecto as formas e procedimentos

[7] Cfr. R. *Zi??EUVS,AllgemeineStaatslehre,* 10.", München, 1988, pp. 10 ss.

da formação da vontade e das tomadas de decisões políticas): *b)* de um direito *do* político (é uma expressão normativa da constelação de forças políticas e sociais); c) de um direito *para* o político (estabelece medidas e fins ao processo político).

Sobre a caracterização do direito constitucional como direito político cfr., na literatura mais recente, H. PETER SCHNEIDER, "Die Verfassung, Aufgabe und Strukture", in *AOR,* vol. 99 (1974), Beiheft, 1, p. 71; D. GRIMM, "Recht und Politik", in *JUS,* Ano 5 (1959), p. 502; idem, "Staatsrechtslehre und Poli-tikwissenschafte", in D. GRIMM (org.), *Staatsrechtslehre und Politikwissens-chafte,* vol. I, Frankfurt, 1973, p. 53; H. PETER BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz,* 2.ª ed., Kronberg, 1977, p. 35 ss; P. BADURA, *Staatsrecht,* 1985, p. 13.

A ideia do direito constitucional como o "direito para o político" é hoje um lugar comum. Desde R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen,* 2.ª ed., München, 1968, p. 82, e H. HELLER, *Gesammelte Schriften,* Leiden, vol. II, p. 336, até E. W. BÓCKENFÖRDE, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation--Bestandeaufname und Kritik", in *NJW,* 1976, p. 2089 ss, e K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* 2.ª ed., Múnchen, 1984, p. 12 ss, que a doutrina alude ao "político como objecto específico do direito constitucional". Em sentido coincidente, embora partindo de uma distinção entre "direito político" e "direito constitucional", que aqui não será acolhida, alude P. LUCAS VERDU à ideia de o "direito político encontrar no constitucional, em certa medida, a sua verificação jurídica". Cfr. P. LUCAS VERDU, *Curso de Derecho Político,* Vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1976, p. 41.

Na moderna doutrina espanhola uma cuidadosa articulação de Política-Estado-Constituição encon-trar-se-á em J. A. Gonzalez Casanova, *Teoria dei Estado y Derecho Constitucional* 3ª ed., Barcelona, 1987, e em J. Acosta Sanchez, *Teoria dei Estado y Fuentes de la Constitucion,* Cordoba, 1989. A mesma ideia encontra-se também na doutrina francesa mais recente: cfr. por ex., J. Cabanne, *Introdu-tion à Vétude du Droit Constitutionnel et de la Science Politique,* Toulouse, 1981, p. 16. No direito brasileiro, cfr., por último, Paulo Bonavides, *Direito Constitucional,* Rio de Janeiro, 1980, p. 2; idem, *Política e Constituição,* p. 11 ss. A teoria da "constituição em sentido material" há muito que vem alicerçando, na doutrina italiana, a imbricação entre o direito constitucional e o político. Cfr., por último, S. Bartole, "Costituzione Materiali e Ragiona-mento Giuridico", in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli,* Padova, vol. II, 1985, p. 53 ss.

Deve assinalar-se, porém, que esta caracterização do direito constitucional como "direito político" não deve servir para caracterizar todas as manifestações do direito constitucional. Como melhor se verificará adiante, a jurisdição constitucional não é, propriamente, uma "actividade política" sob as vestes iurídicas. Cfr. Hesse, *Grundzuge,* cit. p. 216.

ATO *POLÍTICO E O ESTADO*

I — Estado e desenvolvimento político

1. Estado e desenvolvimento político

Nas considerações anteriores evitou-se deliberadamente falar em "constituição do Estado". A caracterização da constituição como "estatuto jurídico do político" procura mesmo evitar que se estabeleça uma dicotomia radical entre "constituição do Estado" e "constituição da sociedade civil". Por um lado, falar em "constituição do Estado" peca por defeito, pois os domínios abrangidos pelos programas normativos das constituições ultrapassam o âmbito do Estado. Por outro lado, a constitucionalização progressiva de determinadas dimensões da vida económica, social e cultural, não implica que a constituição se converta em "código" da sociedade civil.

A constituição não deve ser estudada isoladamente. Pelo contrário, ela conexiona-se com outras "categorias" políticas e "conjuntos sociais" (Estado, sistema político, sistema jurídico, ordenamento, instituição) de relevante significado para a captação do *mundo circundante/estrutur ante do político.* Isto aponta para a imprescindibilidade de algumas ideias básicas sobre essas categorias e conjuntos. Começaremos pela categoria "Estado".

2. Estado e semântica da modernidade

O facto de se preferir falar em "político" em vez de "Estado"[8] não significa a remissão desta categoria conceituai para o campo das arqueologias jurídicas. O Estado foi uma categoria nuclear da semântica política da modernidade. Cabe perguntar: como e sob que forma o

[8] Para a etimologia e evolução do conceito cfr. Paul-Ludwig Weinacht, *Staat,* Berlin, 1968; J. A. Gonzalez Casanova, *Teoria dei Estado y Derecho Constitucional,* p. 67 ss; N. Matteucci, *Stato,* in Ene. novocento, 1984; G. Burdeau, *UÉtat* Paris, 1970; Aguilera de Prat/P. Vilanova, *Temas de Ciência Política,* Barcelona, 1987, p. 223 ss; Bobbio, "Estado", *Enciclopédia Einaudi,* Lisboa, vol. XIV, 1989. p. 215 ss.

Estado é, ainda hoje, um conceito operacional quando se procede a um estudo do estatuto jurídico do político essencialmente centrado no paradigma constituição-democracia-Estado constitucional democrático? Neste curso, o Estado vai perspectivar-se como *forma de racionalização e generalização do político* das sociedades modernas. O que se pretende, nas actuais análises do Estado, não é a reedição de uma

"Teoria do Estado" sistematicamente reconduzível à exposição ou construção de doutrinas acerca do Estado, mas a explicação da ocorrência de uma série de variáveis políticas determinantes do aparecimento do "Estado" nos sistemas políticos modernos.

Quer dizer: o Direito Constitucional e a Ciência Política (ao lado de outras ciências sociais) "regressam" ao Estado, não para reduzir o "político" ao Estado (paradigma estadualista), mas para conceber este como categoria explicativa e constitutiva da racionalização do político, nas condições históricas, particulares e concretas, dos processos de *transformação política* do ocidente europeu a partir do século XVI. Neste sentido se pode dizer que a história do Estado é uma "história no plural" (Maurice Aymard) do processo de sedimentação de *ordenamentos jurídicos gerais* (M. S. Giannini) no espaço ocidental europeu.

Considerado como categoria analítica central pelas "doutrinas do Estado" (sobretudo de inspiração germânica) e pela teoria marxista, e reduzido a uma variante de modesto significado pela Ciência Política americana, o Estado ressurge agora, nos dois últimos decénios, como um *fenómeno estrutural,* cuja génese interessa tanto aos historiadores, a quem se deve uma reabilitação do tema, (cfr., entre nós, o iluminante contributo de António Hespanha, "Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime", in António Hespanha, (org.), *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime,* Lisboa, 1984) como aos sociólogos e psicólogos interessados na compreensão do "processo de civilização" (N. Elias) e do desenvolvimento político.

Saliente-se ainda que alguma doutrina, muito recente, se insurge contra a tendência da "desestadualização" do político e contra a elaboração de uma dogmática constitucional "introvertida", divorciada de um tipo de domínio — como é o Estado — fenomenologicamente originário e metaconstitucional (cfr., por todos, Isensee "Staat und Verfassung", in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts,* Vol. I, 1988, p. 20 ss). Neste sentido navegam também autores defensores do "renascimento do Estado", do "regresso às boas formas de Estado", da necessidade de um "direito político material" (cfr. W. Leisner, *Staats-renaissance. Die Wiederkehr der 'guten Staatsformen',* Berlim, 1987, p. 43).

A ideia subjacente ao texto tem presentes as análises penetrantes de B. Badie/P. Birnbaum (cfr. Badie/P. Birnbaum, *Sociologie de 1'État,* 2.ª ed., Paris, 1982, p. 7), e P. Birnbaum, "Uaction de l'État", in Grawitz/Leca, *Traité de Science Politique,* Vol. 3, p. 642), e de E. W. BÕckenförde (cfr. "Die Entstehung des Staates ais Vorgang der Sãkularisation" in *Staat-Gesellschaft--Freiheit,* 1976, p. 42 ss), de M. S. Giannini, ao qual se deve a fórmula

"ordenamento jurídico geral" (cfr. M. S. Giannini, "La Scienza Giuridica e i problemi dello Stato", in G. Piga/F. Spantigati (org.), *Nuovi Moti per la formazione dei diritto,* Padova, 1988, p. 299 ss) e de Bobbio, "Estado", in *Enciclopédia Einaudi,* vol. 14, 1989, p. 215 ss.

3. A diferenciação do Estado

Ao considerar-se o Estado como forma de generalização e racionalização do político está a pressupor-se também a sua *diferenciação como modelo de domínio político* relativamente a outros ordenamentos gerais que o precederam e a outras estruturas de domínio (governo, república, reino). Mais do que isso: a *estadualidade,* como forma soberana de domínio, interna e externa, territorialmente organizada, secularizadamente justificada, burocraticamente administrada, centralmente estruturada, plurisubjectivamente constituída, normativamente disciplinada e regularmente financiada por impostos, é considerada como um momento decisivo do processo de *desenvolvimento político.*

Os atributos ligados a esta forma de domínio — soberania, seculariza-ção, plurisubjectividade, burocracia, juridicização normativa — assumem-se, na sua globalidade, como manifestações típicas do "grande Estado moderno" (Max Weber) e como elementos especificamente constitutivos de um sistema político moderno.

Por sua vez, estes elementos sugerem um sistema político com um grau relativamente elevado de *diferenciação estrutural.* Isto significa a existência de esquemas organizatórios (assembleias legislativas, órgãos de governo e administração, instituições judiciárias, funcionalismo, exército permanente, instrumento de informação e de transmissão de ordens/mensagens) com competências e atribuições

específicas.

Dito em termos estruturo-funcionalistas: num sistema político moderno, como é o sistema estadual, existem *estruturas diferenciadas* que tendem a desempenhar, a título principal, uma determinada função. Esta diferenciação estrutural aponta para a necessidade de *novas tecnologias políticas,* cujos exemplos mais frisantes são: organizações burocráticas centrais, leis gerais e impessoais, institucionalização de um funcionalismo profissional, desenvolvimento de formas de participação política (direito de sufrágio, autonomia local), desenvolvimento da ideia de nacionalidade, desenvolvimento de actividades redistributivas.

Quer a diferenciação estrutural quer o aparecimento de uma nova tecnologia política constituem implicações do complexo fenómeno da construção de um *centro político* que tem como *referente*

territorial um vasto espaço, substancialmente superior às delimitações territoriais da natureza feudal, tribal ou étnica.

Construção de um *centro político —desenvolvimento político — diferenciação do Estado,* constituem, assim, os momentos decisivos da *semântica da modernidade.* Trata-se de um *processo complexo e dinâmico* que irá conduzir à imbricação de dois elementos constitutivos do *Estado Constitucional —o Estado e a Constituição.*

No texto articula-se o aparecimento do Estado com o complexo fenómeno do *desenvolvimento político.* Este conceito, muito em voga na Ciência Política nos anos 50 e mergulhado em crise a partir dos fins dos anos 60, continua hoje, juntamente com outros conceitos — *modernização* e *mobilização* —, a ocupar a atenção das análises politológicas (sobretudo das de carácter comparatístico).

Tal como outros conceitos, o conceito de desenvolvimento político oferece dificuldades pela sua polissemia (cfr. L. Pye, *Aspects of Political Development,* Little Brown, 1966, p. 37 ss): desenvolvimento político como resposta ao conjunto de exigências do desenvolvimento económico; desenvolvimento político como construção de um sistema adaptado às sociedades modernas; desenvolvimento político como realização de práticas consideradas modernas (legalidade, meritocracia, participação); desenvolvimento político como equivalente à construção do Estado-Nação; desenvolvimento político como sinónimo de desenvolvimento administrativo; desenvolvimento político como construção da democracia; desenvolvimento político como realização de uma mudança estável e determinada; desenvolvimento político como aperfeiçoamento das capacidades do sistema político; desenvolvimento político como processo de mobilização e de mudança social).

Note-se que, como recentemente observou J. Acosta Sanchez, *Teoria dei Estado* v *Fuentes de la Constitución,* 1983, p. 3 ss, ainda hoje não está completamente esclarecido quando e como se produziu a reunião ou associação de "Constituição" e "Estado".

II — Modelos e teorias

O discurso do texto tornar-se-á mais inteligível se for completado com a leitura das obras de Max Weber e Talcott Parsons, por um lado, e de trabalhos recentes sobre o desenvolvimento político europeu/mundial (Wallers-tein, Anderson, Rokkan). As informações subsequentes procuram ser um ponto de apoio.

I — Teorias clássicas explicativas da diferenciação do Estado

a) *A racionalização burocrático-institucional do político (Max Weber)*
A teoria weberiana do Estado continua a merecer papel de destaque na explicação do desenvolvimento político. Retenhamos as linhas mestras de

MAX WEBER quanto a este ponto: o Estado é uma empresa política de carácter institucional que possui o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território. Tal como as empresas políticas que o precederam, o Estado reconduz-se a uma relação de homens dominando homens, relação essa que é mantida pela violência considerada legítima. Mas a *differentia specifica* do "grande Estado moderno" relativamente a fórmulas precedentes é a de depender tecnicamente, de forma absoluta, da sua base burocrática. Daí a insistência de WEBER na análise da burocracia estadual.

b) *O Estado como forma principal de organização da instância política de uma sociedade antagónica* (K. MARX)
O Estado, na sua dupla dimensão de poder de Estado e aparelho de Estado, é a forma principal de organização da instância política: através do *poder de Estado* têm expressão as relações de domínio localizadas numa sociedade dividida em classes: através do *aparelho de Estado, constituem-se os instrumentos especializados ao serviço do poder de Estado.*

c) *O Estado como processo de diferenciação estrutural* (WEBER, PAR-SONS, ALMOND)
Um dos elementos característicos dos sistemas modernos é o seu grau relativamente elevado de *diferenciação estrutural.* Isto significa a existência de organizações (assembleias legislativas, órgãos executivos, administrativos, instituições judiciárias, órgãos de informação) com competência específica. Dito por outras palavras: cada estrutura tende a desempenhar uma determinada função. É esta diferenciação de estruturas que falta num sistema político não desenvolvido.

II — Análises modernas do desenvolvimento político 1. Modelos geo-económicos

1.1. *O modelo de* I. WALLERSTEIN [9]

O desenvolvimento económico desigual a partir do Renascimento explica a diferenciação dos sistemas político europeus (1) (clivagem Oeste-Leste) e o aparecimento do Estado como elemento importante de diferenciação do sistema político interno (2):

(1) —*Diferenciação dos sistemas políticos europeus*
As transformações tecnológicas dos séculos XV-XVII consagraram o nascimento de uma economia mundial, marítima e comercial, criadora de uma

[9] Cfr. I. WALLERSTEIN, *The Modern World Systems,* New York, Academic Press, 1974. Existe trad. portuguesa: *O Sistema Mundial Moderno,* I, Lisboa, 1990.

divisão do trabalho entre as várias áreas do globo, que beneficiaram os países periféricos da Europa, enquanto os países do centro e leste sofreram regressão económica que os obrigou à especialização agrícola.

(2) — *Diferenciação do Sistema Político Interno*
O afluxo de recursos económicos e monetários permitiu o rápido desenvolvimento dos aparelhos burocráticos centrais, bem como a exigência de protecção política feita pelas elites económicas relativamente às suas actividades industriais e comerciais.

1.2. *O* ***modelo*** *de* P. ANDERSON [10]

Trata-se ainda de uma interpretação sócio-económica. Enquanto I. WAL-LERSTEIN explica a diferenciação dos sistemas políticos através da sua posição no seio do sistema económico internacional, P. ANDERSON coloca o acento tónico nas *diferentes trajectórias seguidas pelos estados absolutos europeus.* Explica a clivagem Oeste/Leste através dos diferentes processos de feudali-dade *(feudalidade ocidental/feudalidade oriental*) e considera como causa ou circunstâncias imediatas da construção do Estado/Nação a deslocação do poder aristocrático face à transformação do mundo rural e a ascenção da burguesia mercantil pré-capitalista. O Estado-Nação justificava-se pela necessidade de conciliar a permanência do poder político da nobreza e o reforço das capacidades económicas da burguesia mercantil em ascenção.

2. Modelos geo-políticos

2.1. *O modelo de* S. ROKKAN [n]

S. ROKKAN propõe-nos uma explicação do nascimento do Estado-Nação através de um conjunto de variáveis extra-económicas relacionadas com a cultura particular de cada população. Isto leva o autor à elaboração de uma carta conceituai da Europa dos séculos xvi a XVIII:

(1) — *Variáveis explicativas*

Rokkan combina três séries de variáveis em cada etapa do desenvolvimento político:
— *variáveis económicas* (intensidade dos fluxos comerciais, poder das relações de troca);
— *variáveis territoriais* (extensão do controlo do "centro" em relação à periferia em virtude da sua força administrativa e militar);
[10] Cfr. P. Anderson, *Lineages of the Absolutist State,* London, 1974 (há tradução portuguesa).
[11] S. Rokkan desenvolveu este modelo em vários trabalhos, dos quais destacamos: "Cities, States and Nations: a Dimensional Model for Study of Contrasts in Development", in Eisenstadt/Rokkan, *Building States and Nations,* Beverly Hills, 1973, Vol. I, p. 73-96.

— *variáveis culturais* (grau de homogeneidade étnica e linguística das populações controladas pelo centro, nível de nacionalização da cultura territorial).

(2) —*A "carta conceituai" da Europa*

Com estas três variáveis, Rokkan distingue vários tipos de desenvolvimento político, trabalhando com a clivagem Este-Oeste referida por Anderson e Wallerstein, e juntando-lhe a clivagem Sul-Norte: (i) a clivagem *Este--Oeste* explica-se pela intervenção conjunta de variáveis económicas (economia urbana e comercial do Estado-Nação ocidental e economia rural do Estado--Nação oriental) e de variáveis territoriais (Estados-Nações estruturados controlando vastas zonas de territórios e micro-Estados sem territórios periféricos); (ii) *Clivagem Norte-Sul* (desenvolvimento da Europa Setentrional influenciada pela Reforma e não desenvolvimento da Europa meridional, de influência católica).

III — Estado constitucional democrático

As análises anteriores demonstram que o Estado deve entender--se como *conceito historicamente concreto* e como *modelo de domínio político* típico da modernidade (cfr. *infra,* conceito de domínio político). Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que o Estado é um *sistema processual e dinâmico* e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e metaconstitucional.

Além disso, o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como *Estado constitucional democrático,* porque ele é conformado por uma *lei fundamental* escrita (= constituição juridicamente constitutiva das "estruturas básicas da justiça") e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à *legitimação democrática* (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão I, Cap. 2º, Estruturas do Estado de direito democrático).

A posição do texto aproxima-se não apenas dos ensinamentos historio-gráficos mais recentes, mas também da leitura que uma significativa parte da doutrina constitucionalista faz do paradigma da estadualidade. Cfr., por exemplo, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Vol. III, 2.ª ed., p. 7 ss e 20 ss; P. Badura, *Staatsrecht,* p. 2 ss; Pernthaler, *Allgemeine Staatslehre,* p. 12 ss; A. Pizzorusso, *Lezioni di Diritto Costituzionale,* 3.ª ed., Roma, 1984, p. 14 ss; K. Hesse, *Grundzuge,* 16.ª ed., 1988, p. 9 ss.
Pelo contrário, merecem-nos reticências as posições que continuam a insistir num "pensamento imperial" do Estado (Leisner), considerando-o como um valor em si ou como organização finalisticamente racional, portadora de

fins autónomos e de estruturas fundamentais — unidade política, unidade de decisão, unidade jurídica, unidade do poder. Refracções desta ideia podem ver--se, entre nós, em Lucas Pires, A *Teoria da Constituição de 1976,* Coimbra, 1988, pág. 288 ss.

A concepção realista e organizatória do Estado (cfr. Theda Skocpol, *Estados e Revoluções,* Lisboa, 1985, p. 44) que perpassa no texto afasta-se também de uma concepção essencialisticamente classista de Estado, segundo a qual "o Estado não passa do poder de uma certa categoria de homens (classe ou classes dominantes), que é utilizada não em benefício da ordem ou do interesse geral, mas para 'governar' (submeter, oprimir, explorar) outros homens (classe ou classes dominantes), recorrendo para tal a um aparelho de coacção e à violência que funciona de modo sistemático e permanente" (neste sentido — o tradicional sentido marxista — cfr. Luís de Sá, *Introdução à Teoria do Estado,* Lisboa, 1986, p. 31).

Esta concepção identifica Estado e domínio, Estado e poder (cfr. *infra,* domínio político), "instrumentaliza" o Estado e apresenta dificuldades para a compreensão do "Estado pluriclasse", modernamente discutido, sobretudo pela doutrina italiana (cfr., por ex.,

GIANNINI, *La Scienza Giuridica e i Problemi dello Stato,* cit., p. 313). Para uma boa síntese das recentes interpretações marxistas do Estado cfr. CARNOY, *The State and Poli-tical Theory,* Princeton, New Jersey, 1984. A perspectiva do texto representa um regresso ao Estado através da teoria da constituição (cfr. este regresso em J. DEARLOVE, "Bringing the Constitution Back in Political Science and the State", *Political Studies,* 1989, p. 521.

IV — Político e sistema político

A proposta que agora vai ser feita é a seguinte: a captação do mundo circundante/estruturante do estatuto jurídico do político aponta para a Ímprescindibilidade de algumas ideias básicas relativas à análise do político e do direito como *subsistemas do sistema social.*

A proposta científica que se deixa antever no texto é a do recurso à *análise sistémica* integrada numa *epistemologia da complexidade.* As culturas jurídicas e políticas modernas tendem a considerar o político e o direito como *sistemas.*

Uma introdução sugestiva à análise dos sistemas políticos encontra-se em J. W. LAPIERRE, *VAnalyse des systèmes politiques,* Paris, Puf, 1973. Relativamente ao direito, o conjunto de estudos inseridos nos *Archives de Philosophie du Droit,* Vol. 31, 1986, sob a epígrafe "Le sistème juridique", constitui uma fonte de ensinamentos riquíssima. Uma análise sucinta da aplicação da análise sistémica ao estudo do direito encontra-se em W. KRAWIETZ, "Recht und Moderne Systemtheorie", in *Rechtstheorie, Beiheft,* 10, 1986, p. 281 ss, e ainda R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre,* 10ª ed., 1987, Munchen, p. 17 ss. A evolução mais recente da teoria do sistema jurídico — sistemas autoreferenciais ou autopoiéticos — encontrar-se-á em N. LUHMANN, *Soziale Systeme,* 1984.

A problemática da epistemologia da complexidade, insinuada também no texto, liga-se, em alguma medida, a LUHMANN, mas a fonte inspiradora são sobretudo os escritos de EDGAR MORIN, cfr. *Echanges avec Edgar Morin: science et conscience de la complexité,* coord. de Atias e J. L. Moigne, Aix-en--Provence, 1984.

1. Os conceitos operacionais ou gramática da sistemacidade

a) *Sistema social*

De forma deliberadamente abstracta e independente de qualquer "teoria sistémica" particular (ex: Easton, Luhmann) poderemos caracterizar um *sistema* como um conjunto de elementos em interacção, organizado em totalidade, que reage às interacções de tal forma que, quer ao nível dos elementos constitutivos quer ao nível do conjunto, aparecem fenómenos e qualidades novas não reconduzíveis aos elementos isolados ou à sua simples soma.

Aplicada esta noção ao *sistema social,* dir-se-á que a comunidade se apresenta como um "sistema de interacções": as relações entre os indivíduos são caracterizados pelo facto de as suas acções se encontrarem numa relação recíproca e obedecerem a determinados *modelos de conduta.* Estas relações formam, assim, um conjunto de condutas diversamente conexionadas que poderemos designar como *"estrutura complexa de condutas".*

Partindo dos três elementos fundamentais do sistema — definição do conjunto, definição dos elementos do conjunto, definição da ordem do conjunto e das propriedades desta ordem — afirmar-se-á, com LUHMANN, que as comunidades formam-se e conservam-se através de processos de interacção sociais regulativamente orientados (ex: pelo ordenamento constitucional), mas em que, por um lado, as partes do sistema procuram defender e alargar o seu campo de autonomia funcional, e, por outro lado, o sistema tenta "pesar" e *integrar* as forças autónomas ou particulares.

b) *Sistema político*

O sistema político constituirá um subsistema social que pode ser definido como um *sistema organizado*

de interacções, cuja eficácia assenta na aliança entre o monopólio tendencial da coerção e a procura de uma legitimidade mínima (PH. BRAUD). Esta definição torna transparentes várias dimensões do sistema político:

(1) — o sistema político é um sistema organizado de *interacções múltiplas,* isto é, não se trata apenas de interacções entre dois actores ou indivíduos (interacção "di-ádica"), mas de interacções entre vários sujeitos actuantes no sistema ("n-ádicas");

(2) — o sistema político, ao estabelecer autoritativamente esquemas regulativos, procura beneficiar também de *suportes* ou *apoios* (EASTON) que lhe permitam assegurar a persistência;

(3) — o sistema político organiza-se segundo um *código binário* (N. LUHMANN) que lhe permite, por um lado, *diferenciar-se* do meio ambiente e *auto-reproduzir-se,* e, por outro lado, estar *aberto* às contingências dos subsistemas que o circundam.

Das características anteriormente apontadas conclui-se que, se o sistema político é um sistema de interacções múltiplas, ele é também um sistema *situado e aberto,* pois inscreve-se num mundo *contingente, estruturante/estruturado,* constituído por vários outros sistemas (sistema internacional, sistema económico, sistema ecológico, sistema geográfico).

Os fenómenos, acontecimentos, factos, situações e circunstâncias desenvolvidas no meio ambiente, constituem *informações* para o sistema político que as vai seleccionar e determinar através de uma mediação racionalizadora revelada por *regras* ou *normas* de diferente espécie (normas jurídicas, regulações sociais, normas linguísticas, ordens de valores, padrões de comportamento, regras de moralidade).

Nas considerações subsequentes interessar-nos-ão as *normas jurídicas* e o respectivo sistema: o *sistema jurídico.*

c) *O sistema jurídico*

Na cultura jurídica moderna o conjunto de *normas* jurídicas (regras+princípios jurídicos) constitutivas de uma sociedade organizada é concebido como um *sistema de normas juridicamente vinculan-tes- sistema jurídico.* Mas o que significa, em termos elementares, esta visualização do complexo de regras e princípios jurídicos como sistema?

Dos vários modos em que se fala do direito como sistema, seleccionaremos os três seguintes:

(1) — o direito forma um *sistema* quando as normas se reconduzem a uma única fonte de produção (ex: "o sistema de normas do Estado português);

(2) — o direito forma um *sistema* quando um complexo de normas deriva materialmente de uma única norma (ex: "sistema de normas fundado no princípio do Estado de direito");

(3) — o direito constitui um *sistema* quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica *norma fundamental.*

Nesta última acepção — a que agora nos interessa — diz-se que o sistema jurídico português assenta numa norma fundamental positiva — a constituição — que, por sua vez, "delega" noutros órgãos o poder

de produzir outra categoria de normas. É neste sentido que se fala do direito como um *sistema dinâmico de normas* (H. KELSEN).

Refira-se que quando a moderna literatura jurídica e sociológico-jurídica caracteriza o direito como *sistema* tem em vista uma nova "galáxia" ou "paradigma" sistémico — *o sistema auto-referencial ou autopoiético.* Enquanto o sistema normativo de KELSEN e da Escola de Viena se concebia como *um sistema piramidal de normas jurídicas positivas (a que não era alheia uma teoria do Estado primordialmente estruturante), a ideia de autopoiesis* prefere um sistema circular e contínuo — de *"creatio continua "* fala N. LUHMANN — em que cada elemento recebe a sua qualidade normativa de um outro elemento, que, por sua vez, determina um outro sem que seja possível descortinar neste circuito "auto-referencial" qualquer ideia de prioridade ou de primazia. Cfr., essencialmente, LUHMANN, "Die Einheit des Rechtssystems", in *Rechtstheorie,* 14, 1983, p. 129 ss; "Die Codierung des Rechtssystems", in *Rechtstheorie,* 17, 1986, p. 170 ss.

As ideias de auto-referência estarão ligadas à recondução do direito a um sistema funcional da sociedade pós-moderna, caracterizado por uma direcção incerta, flexível e descentralizada, e não por uma regulação jurídica estadualmente imposta. Para alguns, estes termos sofisticados significam apenas uma estratégia teórica de justificação das políticas sociais e económicas do neo-liberalismo. Cfr., por ex., N. DIMMEL/A. NOLL, "Autopoiesis und Selbstreferentialitat ais 'post-moderne Rechtstheorie' — Die neue reine Rechtsleere", in *Demokratie undRecht,* 4/1988, p. 379 ss.

Para uma breve síntese das várias acepções de "sistema jurídico" cfr. TARELLO, "Organizzazione giuridica e società moderna", in G. AMATO/A. BAR-BERA, *Manuale di Diritto Pubblico,* Bologna, 1984, p. 13 ss; TARELLO, "Sistema Giuridico", "Ordinamento Giuridico", in GASTIGNONE/GUASTINI/TARELLO, *Introduzione Teórica alio Studio dei Diritto,* Génova, 1988, p. 77 ss.; TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask,* S. Paulo, 1976, p. 8; MARCELO NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis,* S. Paulo, 1988.

2. Normas, sistema jurídico e estruturas de domínio

a) *Estruturas de domínio*

Independentemente das várias compreensões ou pré-compreen-sões do poder, os discursos politológicos julgam "irrealista" e "meta-físico" justificar a criação de normas (desde logo do "pacto fundador" ou "constituição"), recorrendo a "estados de natureza", a "estados iniciais hipotéticos", a "estados puros de virgindade", a "consensos entre comunicantes livres e iguais", considerados aprioristicamente igualitários ou quase igualitários. Em vez de se partir de um "grau zero de desigualdade" deve, pelo contrário, considerar-se que é um poder político alicerçado em estruturas de domínio e hegemonia desi-gualitárias que está na base da produção de normas juridicamente vinculativas [12].

As normas e outras regras jurídicas (princípios, costumes) são criadas, densificadas e concretizadas, tendo em conta uma multiplicidade de factores sociais — produção de bens materiais e simbólicos, relações de poder e de influência, *habitus* social. A importância destes factores revela-se logo no momento da génese e criação de uma lei fundamental ou constituição, isto é, quando o poder constituinte "cria" uma lei constitucional. Revela-se, depois, quando a "pluralidade de concretizadores" das normas constitucionais (legislador, administração, juizes, cidadãos) interpretam e aplicam as normas e princípios positivamente plasmados na constituição.

No primeiro momento (criação da constituição) salienta-se a importância da chamada *constituição material,* isto é, o conjunto de forças — sociais, partidárias, culturais, económicas e religiosas — que transportam determinados interesses, valores ou mundividências, decisivamente con-dicionadores do "conteúdo" do pacto fundador. No segundo momento — interpretação, densificação, concretização de normas —, aponta-se para a necessidade de o programa e âmbito das normas constitucionais estar aberto à evolução da "realidade constitucional".

b) *O trilátero mágico: poder-normas-domínio*

A articulação destas ideias conduziria a um "trilátero mágico" cujos pontos conceituais estruturantes

seriam os seguintes:

(1) — as *normas jurídicas* são criadas por um poder(es) de natu-reza *injuntiva;*

(2) — o *poder político* concebe-se como uma modalidade de interacção social;

(3) — a um nível profundo, o poder político assenta em estrutu-ras de *domínio,* entendendo-se por domínio a distribuição

[12] Cfr. PH. BRAUD, "DU Pouvoir en General au pouvoir politique", in GRA-WITZ/LECA, *Traité de Science Politique,* Vol. I, p. 335.

desigualitária das bases de poder (produção de bens materiais, produção de bens simbólicos, detenção de instrumentos de coerção);

(4) — a articulação do *domínio* (nível profundo) com o *poder* (nível superficial de interacção) pressupõe esquemas de *mediação* ou modos de *racionalidade mediadora* essencialmente revelados por *normas* juridicamente vinculantes.

Alguns conceitos referidos no texto pressupõem o intertexto de PIERRE BOURDIEU. Para um melhor conhecimento de noções tais como *reprodução, poder simbólico, habitus,* convém travar conhecimento com a obra deste importante autor francês cfr. *La distinction. Critique sociale du jugement,* Paris, Minuit, 1979; *Le sens practique,* Paris, Minuit, 1980; *La Reproduction, Éléments por une théorie de la violence symbolique,* Paris, Minuit, 1970). Para uma leitura global veja-se a colectânea, *O Poder simbólico,* Lisboa, Difel, 1989.

V — Político e Jogo político

1. Regras do jogo e espaço de criatividade política

Alguns autores assinalam às normas e princípios constitucionais um "sentido de colocação", um "sentido de estratégia", para vincar a ideia de que, para além das regras constitucionais, não há um vazio, mas um *espaço de jogo* aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores. Para se compreender este "jogo do direito" deveremos reter dois elementos essenciais do conceito de jogo:

(1) — as *regras convencionais,* reguladoras e institucionalizadoras, que devem ser observadas pelos "actores" ou "jogadores" políticos (as "regras do jogo");

(2) — *espaço de indeterminação* que permite a inventividade, a criatividade das *"personae"* que actuam na cena jurídico--política.

No plano constitucional, dir-se-ia que o *corpus* constitucional estabeleceria um conjunto de regras convencionais (= regras do jogo) sobre as quais podem assentar as mais diversas estratégias constitucionais.

2. A **forma da prática política: plural, relativa e circular**

A aplicação da "teoria dos jogos" na explicação dos fenómenos, comportamentos e dinâmica político-constitucional, visaria pôr em relevo:

(1) a insuficiência de critérios formais e normativos, assentes em competências, funções e rocedimentos;

(2) a necessidade de explicar a prática político-constitucional de uma forma *plural, relativa* e *circular.* Com base nas mesmas normas constitucionais, os actores políticos desenvolvem práticas diversas, com

efeitos circulares (resultantes das interacções) e com "nuances" e intensidades variadas. Esta sugestão da teoria dos jogos tem operatividade prática nos domínios em que se pode falar de função de direcção política *(indirizzo político,* na terminologia italiana), pois a política pressupõe sempre possibilidade de *escolha,* mas já é menos adequada nos casos em que se trata de uma actividade normativo-concretizadora do direito constitucional.

A Ciência Política tem desenvolvido modelos mais ou menos sofisticados com base na "teoria dos jogos" (cfr., sobretudo, A. Rapoport, *N-Person Game Theory,* Ann Albor, 1970; Luce/Raiffa, *Games and Decisions,* New York, 1966; H. Moulin, *Introduction à la Théorie desJeux,* Paris, 1980).

No âmbito do Direito Constitucional, a transferência ilimitada da "teoria dos jogos" pode conduzir a resultados inaceitáveis, transformando este ramo do direito numa ciência do funcionamento global do regime político e desprezando as dimensões normativo-concretizadoras que as jurisprudências constitucionais vêm alicerçando progressivamente.

Por desprezar ou minimizar esta tarefa de optimização vinculante é que nos parece justificada a crítica de Garcia de Enterria ao uso "abusivo" do *duvergerismo* no direito constitucional. A ideia de Duverger sobre as constituições ilustra-se com a seguinte passagem do livro *Xeque-Mate* (Lisboa, 1978), p. 18: "As constituições parecem-se um pouco com as regras de um jogo cujas figuras variam consoante as capacidades dos jogadores, a composição das equipas, as suas escolhas estratégicas e os casos da partida.

Uma Constituição não se limita a delinear um só esquema governamental: desenha vários esquemas cuja aplicação depende do estado das forças em presença. É assim que regimes políticos diferentes podem funcionar dentro do mesmo quadro jurídico, que pode ser mais ou menos severo consoante restrinja ou multiplique o número de modelos aplicáveis e a amplidão das diferenças entre si, tal como num jogo determinado as regras permitem múltiplos tipos de partidas, mais variadas, ao passo que noutro não admitem grandes possibilidades e, mesmo assim, muito próximas umas das outras."

A ideia de constituição como um "jogo" é tributária das análises estrutu-ralistas que alguns autores pretendem transferir para o campo do direito. Cfr., A. J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise,* Paris, 1973, p. 18 ss. Uma crítica sumária às tentativas estruturalistas ver-se-á em M. Miaille, *Uma introdução crítica do Direito,* p. 30 ss, que acusa o estruturalismo de ser um "fetichismo de forma".

A constituição entendida como um conjunto de regras de jogo em que cada um dos actores políticos escolhe entre várias condutas, não em função do sentido normativo da constituição, mas sim tendo em conta as reacções que ele pode originar nos seus adversários, conduz, afinal, ao entendimento da ciência do direito constitucional como *ciência do funcionamento global do regime político.*

O *leit-motiv* central desta teoria é o seguinte: se o regime político, constitucionalmente definido, resulta, na prática, da *soma de estratégias políticas* dos actores, então à teoria constitucional pertence averiguar "não os comportamentos que as autoridades devem adoptar para agir em conformidade com as normas constitucionais, mas sim quais os comportamentos que elas poderiam adoptar em tal ou tal circunstância e quais as reacções que daí poderiam resultar por parte de outras autoridades". Cfr., M. Troper, "La consti-tution et ses représentations sous la V.e Republique", *Pouvoirs,* 4/1981, p. 61 ss. Uma aplicação concreta deste método ver-se-á em O. Duhamel, "La Cons-titution de la V Republique et 1'alternance", *Pouvoirs,* 1/1981, p. 47 ss.

Entre nós, cfr., Veiga Domingos, *Portugal Político, Análise das Instituições,* Lisboa, 1980, p. 33, que também se refere a uma "luta cerrada entre os diferentes grupos de interesses", subjacente a toda uma arquitectónica jurídica, e ao facto de o Direito, particularmente o Direito Constitucional, surgir no conflito ideológico "com uma linguagem codificada, cujo conteúdo latente é necessário desvendar".

A Ciência Política pode inspirar-se na *games theorie* dos anglo-saxóni-cos para procurar fazer uma análise do discurso político como um jogo estratégico de acção e reacção, pergunta e resposta, domínio e rectroacção. A "verdade" poderá estar escondida nas "formas jurídicas". Cfr., precisamente, Foucault, *La verdade y la formas jurídicas,* Barcelona, 1980, p. 15. Mas o direito constitucional é uma ciência normativa, que não pode abdicar de uma metodologia e metódicas específicas, essencialmente dirigidas ao processo de concretização e aplicação das normas constitucionais.

Apesar disto, as sugestões de Foucault, do estruturalismo e da teoria dos jogos, merecerão adiante, ao referir-se à história constitucional, algumas aplicações. No plano teorético-filosófico, cfr. também: J. Derrida, "La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines", *mUécriture et la différence,* Paris, Seuil, 1967; F. Ost, "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigma autopoiétique appliqué au droit", in *Archives de Philosophie du Droit,* 33 (1986), p. 133 ss.

Por último, assinalando a passagem de uma concepção política do direito constitucional para um novo "direito constitucional jurisprudencial" cfr. D. Turpin, *Droit Constitutionnel,* Paris, 1992, p. 4 ss. Esta concepção de um direito constitucional dito pelos

"juizes" em que a "legitimidade técnica" destes substituiria a "legitimidade democrática da maioria (cf. TURPIN, cit., p. 6) merecenos também reticências. Entre um "direito de estratégias políticas" e um "direito de casos jurisprudenciais" situa-se grande parte da própria dinâmica jurídico--constitucional.

CAPÍTULO 3
CONCEITO, ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Sumário

A) O SENTIDO DE CONSTITUIÇÃO

I — A plurisignificatividade do conceito de constituição
1. O conceito histórico-universal de constituição
2. A constituição como fonte de direito
3. A constituição como modo de ser de comunidade
4. A constituição como fonte jurídica do povo
5. A constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito.
7. Conceito ideal de constituição e Estado Constitucional

II — A constituição como constituição escrita
1. A constituição instrumental
2. A constituição formal
3. A constituição normativa
4. A constituição material
5. Constituição material e fontes não constitucionais
6. A constituição material como conjunto de normas substantivas inseridas no texto constitucional

B) ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

1. A função da lei constitucional
2. A estrutura constitucional

C) **O DEBATE TEORÉTICO-CONSTITUCIONAL**

I — Os pontos de partida para a compreensão da constituição
1. Necessidade de um conceito de constituição constitucionalmente adequado
2. Crise e crítica do conceito de constituição

II — As **orientações teoréticas**
1. A subsistência da compreensão formal de constituição
2. A teoria materialista da constituição
3. A compreensão material de constituição

Indicações bibliográficas

A) O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO
BONAVIDES, P. —*Política e Constituição,* Rio de Janeiro, 1984.
BARACHO J. A. O — "Teoria Geral do Constitucionalismo" in *Revista de Informação Legislativa,* 91 (1986), p. 5 ss.
BURDEAU, G. — *Traité de Science Politique,* vol. IV, Paris, 1974, pp. 21 ss.
BRUNNER, O. — «Moderne Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungs-geschichte», in *Herrschaft und Staat im Mittelalter,* Darmstadt, 1965.
KRIELE, M. — *Einfiihrung in die Staatslehre,* Reinbeck bei Hamburg, 1975.
LOWENSTEIN, K. — *Verfassungslehre* (trad. esp. *Teoria de la Constitución,* 2." ed. Barcelona, 1976).
LUCAS VERDU, P. — *Estimativa y Política Constitucionales,* Madrid, 1984.
MCJLWAIN, C. H. — *Constitutionalism: Ancient and Modern, A.'* ed., Itaca and London, 1976.
ROGÉRIO SOARES — "O conceito ocidental de constituição", in *RU,* 119, p. 36 ss.
SILVA, J. A. —*Aplicabilidade das normas constitucionais,* 2' ed., S. Paulo, 1982, p. 9 ss.
WAHL, RAINER — "O primado da constituição", ROA, 48 (1987) p. 61 ss.
n
BISCARETTI DI RUFFIA — *Derecho Constitucional,* Madrid, 1982, pp. 144 ss. CELSO RIBEIRO BASTOS — *Curso de Direito Constitucional. 6."* ed., S. Paulo, 1983, pp. 37 ss.
MIRANDA, J. —*Manual,* 1/2, p. 359 ss. MORTATI, C. — «Scritti sulle fonti dei diritto e sul'interpretazione», in *Raccolta diScritti,* Vol. II, Milano, 1972.

B) ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
HESSE, K. — *Grundziige,* p. 11 ss.

MÜLLER, P. J. — *Soziale Crundrechte in der Verfassung,* pp. 2 ss.
STERN, K. —*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* vol. 1, Miinchen,
1982, pp. 61 ss. GUSY, G. — "Die Offenheit des Grundgesetzes", in JÕR, 1985, p 105, ss.

C) O DEBATE TEORÉTICO-CONSTITUCIONAL

BASTID, P. —*Vidée de Constitution,* 1985. I BURDEAU, G. — «Une survivance: la notion de Constitution», in *Études en Vhon-neur de A. Mestre,* Paris, 1956.
GRIMM, D. — *Die Zukunft der Verfassung,* Frankfurt/M., 1991. HAFELIN, U. — «Verfassungsgebung, in *Problem der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag,* 1974, p. 78 ss. HAVERKATE, J. — *Verfassungslehre,* Miinchen, 1993.

HÀBERLE, P. — *Verfassung ais öffentlicher Prozess,* Miinchen, 1978.
HESSE, K. — *Grundzuge,* pp. 3 ss.
KÀGI, W. — *Die Verfassung ais rechtliche Grundordnung des Staates,* Ziirich, *1954.*
LUCAS VERDU, P. —*Estimativa y Política Constitucionales,* Madrid, 1984. MIRANDA, J. —*A Constituição de 1976,* pp. 44 ss. PREUSS, U. K. — *Revolution, Fortschritt und Verfassung,* 1990. RATH, H. D. — "Verfassungsbegriff und politischer Prozess", in JÕR, 33, (1987), p. 131, ss.
SCHNEIDER. P. — *Die Verfassung: Aufgabe und Struktur, AÕR,* 1974, pp. 61 ss. SOARES, R. — "O conceito ocidental de Constituição", in RD, 119, p. 36 ss.
II CANOTILHO, J. J. G. — *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* Coimbra, 1982, pp. 79 ss.
MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* II, 4." ed., pp. 44 ss.
PIRES F. L. —*A Teoria da Constituição de 1976. A Transição Dualista,* Coimbra, 1988, p. 56 ss.
VORLÀNDER, H. — *Verfassung undKonsens,* Berlin, 1981, pp. 275 ss.

ATO SENTIDO DE CONSTITUIÇÃO

I — A plurisignificatividade do conceito de constituição

1. O conceito histórico-universal de constituição

As constituições escritas são uma criação da época moderna. No entanto todas as sociedades politicamente organizadas, quaisquer que sejam as suas estruturas sociais, possuem certas formas de ordenação susceptíveis de serem designadas por constituição.

«Todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos da sua história, uma constituição real e efectiva.»[1] Este conceito de constituição apresenta-se-nos com um carácter histórico e uma dimensão universal — é o *conceito histórico-universal de constituição* [2].

2. A constituição como fonte de direito

Este sentido vamos encontrá-lo na história constitucional romana. Aí, a expressão *constitutiones principum (edicta, decreta, rescripta, mandata, adnotationes, pragmaticae santiones)* era utilizada para indicar os actos normativos do imperador que passaram a ter valor de lei.
As constituições imperiais não tinham, pois, o sentido de constituição de um Estado; eram, sim, fonte escrita de direito com valor de lei[3].

[1] Cfr. LASSALE, *O que é uma Constituição Política,* p. 38.
[2] Cfr. RENNER, *Der Verfassungsbegriff,* p. 18; HELLER, *Teoria dei Estado,* cit., p. 268; M. ROGGENTIN, *Über den Begriff der Verfassung in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert* (copiografado), Hamburg, 1973, pp. 1 ss. Entre nós, cfr. MARNOCO E SOUSA, *Direito Político,* Coimbra, 1910, p. 349; por último, ROGÉRIO SOARES, "O conceito ocidental de constituição", in *RLJ,* 119, p. 36 ss.
[3] Alguns publicistas (LAVAGNA, MORTATI) consideram que na linguagem jurídica romana a expressão *constitutiones principum* indicava os actos normativos do imperador *dotados* de eficácia superior a quaisquer outros. É questionável esta

3. A constituição como modo de ser da comunidade

Aristóteles oferece-nos um conceito de constituição *(politeia)* que significa o próprio modo de ser da *polis,* ou seja, a totalidade da estrutura social da comunidade. «A constituição do Estado tem por objecto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim especial de cada associação política.»[4] No conceito aristotélico de constituição

juntam-se dois aspectos modernos: (1) a constituição como ordenamento fundamental de uma associação política; (2) a constituição como o conjunto de regras organizatorias destinadas a disciplinar as relações entre os vários órgãos de soberania[5].

4. A constituição como organização jurídica do povo

O constitucionalismo da República Romana oferece-nos um conceito de constituição — a constituição como organização jurídica do povo — que reputamos importante por uma dupla ordem de considerações: por um lado, é um conceito tendencialmente jurídico; por outro lado, avulta nele a importância do povo *(populus)* como organismo ligado por estruturas jurídicas em vista de um fim comum[6].

A definição de Cícero a este respeito é particularmente significativa, ao considerar a *res publica* como «agregado de homens associados mediante um consentimento jurídico e por causa de uma utilidade comum»[7]. Se o termo *populus (Senatus Populusque Romanus)* tem já

impostação. Deve notar-se que, primitivamente (século I), as constituições imperiais tinham apenas um valor jurídico de ordem prática e que só a partir do século IV é que elas passaram a ser a única fonte de direito e a ser consideradas sagradas. Sobre o modo como as constituições imperiais adquiriram força de lei cfr. WOLFGANG KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History,* 2." ed., Oxford, 1973, p. 127; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano,* 4.ª ed., Coimbra, 1984, Vol, I, p. 268. No sentido criticado nesta nota, cfr. LAVAGNA, *Istituzione,* cit., p. 196; MORTATI, «Dottrine sulla costituzione», in *Scritti,* vol. 11, p. 84. O sentido de constituição referido no texto aparece também no direito canónico (constituições pontificiais e sinodais).

[4] Cfr. ARISTÓTELES, *Política,* 1965, p. 293.

[5] Cfr. LAVAGNA, *Istituzioni,* cit.. p 196; MORTATI, *Dottrine generali,* cit., p. 84.

[6] Sobre as noções de *«populus» «res publica»* e *«civitas»* e o seu valor polí-tico-jurídico cfr. GAUDEMET, *Institutions de UAntiquité,* Paris, 1967, pp. 354 ss.

[7] Em *De res publica,* I, 25, 39 encontramos precisamente esta definição de CÍCERO: *«Est igitur inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis*

uma conotação jurídico-política na medida em que evoca a personificação da cidade, a *res publica* é, ainda, mais que *populus,* uma noção jurídico-política[8]: *res publica* exprime a colectividade tomada na sua individualidade como sujeito de relações jurídicas. Neste sentido se afirmou que a *res publica* era a «organização jurídica do povo»[9][10]. *A civitas* representava, precisamente, uma forma de *res publica:* comunidade juridicamente organizada cujo centro era constituído por uma cidade.

5. A constituição como «lex fundamentalis»

Na Idade Média assistimos ao desenvolvimento da noção de *lei fundamental.* Nos primeiros tempos, corresponde a sedimentação, em termos vagos, de um conjunto de princípios ético-religiosos e de normas consuetudinárias ou pactícias, que vinculavam reciprocamente o rei e as várias classes sociais, não podendo ser violadas pelo titular do poder soberano.
A ideia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monar-cómacos franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre *«lois de royaume»* e *«lois du roi»* [n]. Estas últimas eram feitas pelo rei

hominum coetus quoque modo congregatus, sed coetus multididinis júris consensu et utilitatis communione sociatus». Como se vê, se CÍCERO não tem em vista falar da República Romana como Estado dotado de personalidade jurídica, no sentido moderno, também flão identifica *populus* com *multitudo,* ou seja, como um simples agregado de indivíduos. Curioso seria investigar se na definição de CÍCERO não estarão já presentes as ideias de poder constituinte do povo e de contrato social *(sed coetus multitudinis consensu)* que virão a ser agitadas pelo jusnaturalismo e racionalismo modernos.
[8] Cfr. GAUDEMET, *Institutions,* cit., pp. 35 ss.

[9] Cfr. GAUDEMET, *ob. cit.,* que cita de FRANCISCI, *Storia dei diritto romano,* vol. III, p. 108; J. GLISSEN, *Introdução histórica ao direito,* Lisboa, 1986, p. 419.

[10] VON HIPPEL, *Historia de la Filosofia Política,* cit., vol. I, p. 239, salienta ainda a estreita relação entre direito e povo expressa no facto de o povo ter na elaboração das leis uma das suas missões fundamentais.

[11] Segundo a investigação de A. LEMAIRE *Les lois fondamentales de la monarchie française d'aprés les théoriciens de Vancien regime,* Paris, 1907, p. 106, o termo *«loi fondamentale»* foi utilizado pela primeira vez no ano de 1576 num folheto anónimo a propósito das declarações do duque de Alençon *(Briéve remonstrance à la noblesse de France sur le faict de la Déclaration de Monseigneur le duc d'Alençon).* Eis um extracto significativo deste folheto: *«Amais à la vérité il est par dessus la loy, comme 1'édifice est par dessus son fondement, lequel on ne peut abbatre sans que*

e, por conseguinte, a ele competia modificá-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de *lex terrae* [n] e de *direito natural* que o rei devia respeitar[13].

A ideia de leis fundamentais vem a ser agitada pela teoria política do último quartel do século XVII, mas sem que ainda hoje exista uma posição definida sobre as características destas leis fundamentais. A questão, em termos simplificados, era esta: por que é que certas leis se devem considerar «fundamentais», diferentemente de outras que apenas são designadas por «leis do reino»?

De todas as discussões, actuais e passadas, sobre a noção de leis fundamentais, as respostas sobre os elementos caracterizadores destas leis apontam em duas direcções: (1) são leis fundamentais *(leges fundamentales)* as leis de *natureza contratual* determinadoras dos direitos de participação no poder por parte do rei e por p^rte dos estados do reino; (2) são leis fundamentais as leis de *natureza superior* (hierarquia superior), por regularem matérias referentes à «constituição» do reino. Possivelmente, os dois elementos estariam presentes (embora com acentuações diversas) para se poder afirmar que as «leges fundamentalis» te-

Védifice tombe. Aussi quand l'on abbat les lois fondamentales d'un royaume, le royaume, le roy et la royauté qui son basties dessus tombem quand et quand. Bien est vray qu 'il y a bien en un, royaume aucunes loix (voire beaucoup), qui se peuvent changer, corriger et abolir, selon la circonstance du temps et des personnes et qualité d'affaires; mais les lois fondamentales d'un royaume ne se peuvent jarrimais abolir, que royaume ne tombe bien tost aprés. Ce sont les lois dont Monsigneur entendi ici parler, et dont il lui déplaist de les voir violes, et mal observées en France».

Sobre as teorias políticas dos monarcómanos (sobretudo a teoria do contrato e a teoria da resistência à tirania) veja-se a *História das Ideias Políticas,* dirigida por JEAN TOUCHARD, Vol. III, Lisboa, 1970, p. 49 ss e entre nós, por último, A. M. HESPANHA, *História das Instituições,* Coimbra, 1982, pp. 307 ss.

[12] A *lex terrae,* invocada na época feudal, exprimia a originária paridade de posições entre o soberano e os senhores feudais e dela deriva a exigência de uma base consensual para as suas relações, bem como a garantia dos direitos concedidos «por nossa própria e boa vontade». Cfr. MORTATI, *Dottrine generali,* cit., p. 85.

[13] Como se sabe, em Portugal também se falou das leis fundamentais do reino, superiores à vontade do soberano e consideradas por alguns como o germe das constituições escritas. Na *Dedução Chronologica e Analytica* de POMBAL pode ler-se: «por augusto que seja o poder dos reis só não é contudo superior à lei fundamental do Estado. São juizes soberanos das riquezas e da fortuna dos seus vassalos, dispen-sadores da justiça e distribuidores das mercês, mas por isso não devem observar menos uma lei primitiva à qual são devedores das suas coroas» (§ 602).

Sobre o alcance e conteúdo da pretensa lei fundamental (forma monárquica de governo e ordem da sucessão da coroa) cfr. as referências de MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* cit, p. 410, e de A. M. HESPA-NHA, *História das Instituições,* p. 312.

riam uma força superior às outras porque o próprio soberano estava por elas vinculado, não as podendo alterar ou modificar unilateral-mente (ideia central), e porque essas leis eram a *«causae efficientes e fundamenta»* da majestade pessoal do monarca, referindo-se a «coisas essenciais do governo» (ideia constitucional)

As diferentes posições assumidas sobre o sentido de leis fundamentais — designadamente as de Pascoal de Melo Freire e António Ribeiro dos Santos têm sempre como (pré-compreensão) as duas ideias salientadas no texto: a) a ideia contratualista, e daí o postulado de elas só poderem ser «estabelecidas», «declaradas», «dispensadas» e «derrogadas» pelos três «Estados do Reyno» juntos em cortes (Ribeiro dos Santos); b) a ideia constitucional, e daí o facto de se incluir nestas leis as normas de sucessão, com base na legitimidade hereditária (Melo Freire), e «os costumes gerais e notórios que interessam o corpo da Nação» (Ribeiro dos Santos). Sobre a teoria política destes dois célebres juristas portugueses cfr., por último, Esteves Pereira, *O Pensamento político em Portugal no Século xvm.* Lisboa, 1983, pp. 253 ss.

6. A constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito[14]

A ideia da organização *constitucional* do Estado começou a ganhar vulto no século XVIII com o chamado *movimento constitucional,* impulsionado pelas revoluções americana e francesa. No entanto, costuma recorrer-se ao processo de sedimentação do constitucionalismo britânico para se apontar uma espécie de *pré-história constitucional.* Alguns autores marcam o início desta pré-história no século XIII (1215), data em que os barões do Reino de Inglaterra impuseram a João Sem Terra a *Magna Carta (Magna Charta Libertatum)* [I5]. Não se trata ainda de uma verdadeira declaração de direitos, mas da resolução do problema do domínio estadual de acordo com as estruturas

[14] Cfr. Rogério Soares, «Constituição», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública; Tópicos de Direito Constitucional* (copiografado). Coimbra. 1971. p. 77. "O conceito ocidental de constituição" cit., p. 36 ss. Cfr. também Matteuci, *Organizanione dei Potere e Liberta,* Torino, 1976, p. 3 ss.

[15] Veja-se o texto parcial da Magna Carta na colectânea de Jorge Miranda, *Textos Constitucionais Estrangeiros,* 1974, p. 7. Em Portugal, poderiam considerar-se como primeiras tentativas de constituição as providências das Cortes de Coimbra de 1385 e do Regimento do Reino das Cortes de 1438, por iniciativa do Infante D. Pedro. *Vide* M. Caetano, *História do Direito Português,* Lisboa, 1981, p. 468. Precisando melhor o sentido destas «proto constituições», cfr. A. M. Hespanha, *História das Instituições,* pp. 313 ss.; J. Glissen, *Introdução,* cit., p. 420.

feudais da época. Em 1628, a *Petition of Right,* não obstante o seu carácter meramente declaratório, é já uma tentativa de tomada de posição do Parlamento sobre os princípios fundamentais das liberdades civis[16].

No século XVII, surgem os célebres *covenants,* ou seja, contratos entre os colonos fixados no continente americano e a mãe pátria, *(chartered colonies)* neles se estabelecendo os direitos e obrigações recíprocas. As *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) são o mais antigo destes convénios e neles se detecta a ideia de constituição como instrumento ordenador da sociedade política.

A primeira tentativa de constituição escrita verificou-se ainda na Inglaterra com o *Agreement of the People* (1647-1649) e a ele está associado o movimento dos *levellers*[17] O *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é considerado como a primeira[18] verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea.

7. Conceito ideal de constituição e Estado constitucional

7.1. *Conceito ideal de constituição*

Com o triunfo do movimento constitucional, impôs-se também, nos primórdios do século XIX, o chamado *conceito ideal de constituição* (C. SCHMITT). Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente Com os postulados político-liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade*

[16] Os textos da *Petition of Right,* bem como da lei de *Habeas Corpus* (1679), do *BUI of Rights* (1689) e do *Act of Settlement,*

poderão consultar-se na colectânea referida na nota anterior. Uma breve resenha histórica destes textos poderá ver-se em MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* cit. pp. 45 ss.

[17] O *Agreement of the People* (Acordo do Povo) não era um acto legislativo formal, mas um documento elaborado e aprovado pelo conselho de funcionários do Exército-Parlamento. Tratou-se, porém, do primeiro projecto de constituição totalmente articulada. Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución,* p. 158; HERMANN FINNER, *Teoria y Pratica dei Gobierno Moderno,* Madrid, 1964, p. 155.

[18] O *Instrument of Government* aponta para uma outra ideia posteriormente agitada pelo movimento constitucional: criação de uma regra permanente, inviolável, em face das resoluções maioritárias do Parlamento.

(esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes,* no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito).

7.2. "Estados constitucionais" e "Estados não constitucionais"

Com base neste conceito ideal, passou a distinguir-se entre «Estados constitucionais» e «Estados não constitucionais». Os primeiros seriam os que dispunham de uma ordenação estadual plasmada num documento escrito, garantidor das liberdades e limitador do poder mediante o princípio da divisão de poderes. «Estados não constitucionais» seriam todos os outros (cfr. art. 16.° da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão).[18a]

7.3. Estado constitucional

Modernamente, a expressão «Estado Constitucional» continua a ser utilizada por alguns autores para significar as várias etapas «lógicas» de certos estados constitucionais modernos (KRIELE):

(1) *Estado de legalidade formal,* caracterizado pela autovinculação do Estado através de leis gerais e abstractas, elaboradas e publicadas de acordo com determinados procedimentos previamente fixados;

(2) *Estado do direito material,* preocupado com a garantia da justiça material, da segurança da liberdade e da sociedade através de princípios jurídico-formais; vinculação do legislador aos direitos fundamentais; vincu-lação das intervenções estaduais ao princípio da proporcionalidade; imposição de tarefas de conteúdo social; obtenção do direito através da interpretação das leis segundo os princípios fundamentais da justiça; condicionamento da existência da legalidade às exigências da legitimidade;

(3) *Estado de justiça,* garantidor do controlo judicial da aplicação dos princípios materiais e formais do Estado de Direito; estabelecimento de princípios de procedimento e processo, tais como

[18a] Cfr., entre nós, FREDERICO LARANJO, *Princípios de Direito Político e Direito Constitucional Português,* Coimbra, 1898, p. 22. No direito brasileiro, em termos impressivos, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro,* Rio de Janeiro, 1960, vol. 2, p. 10.

o princípio da audição, do juiz legal, e da presunção da inocência do arguido, e do *nullum crimen sine lege;*

(4) *Estado constitucional com divisão de poderes:* garantia institucional da independência e segurança pessoal do juiz; separação institucional entre legislativo e executivo; princípio da reserva da lei em matéria da liberdade e da propriedade; sistema de balanço recíproco de poderes com o fim de cooperação e controlo *(checks and balances);* controlo judicial do legislador através de uma jurisdição constitucional;

(5) *Estado constitucional parlamentar:* prerrogativas do parlamento, que derivam do voto regular e periodicamente renovado e que se traduzem, principalmente, no direito orçamental e na escolha e fiscalização do governo. Estas etapas ou graus de desenvolvimento são etapas «lógicas», mas não etapas históricas, tendo-se desenvolvido nos vários países de modo diverso.

7.4. A *"ideia" constitucional*

«Constituição ideal» e «Estado constitucional» são o suporte de uma *ideia* e de uma *ideologia:* a *ideia constitucional* e a *ideologia do constitucionalismo. A* ideia constitucional, também designada por *telos* constitucional (LOEWENSTEIN), significa, em síntese, a criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos (KÀGI).

A ordenação da comunidade política através de um documento escrito, de uma lei formal-constitucional, torna claro que para o constitucionalismo a constituição já não é o modo de ser de ordenação da comunidade mas o acto constitutivo dessa ordenação no plano sensível (ROGÉRIO SOARES).

O constitucionalismo exprime também uma *ideologia:* «o liberalismo é constitucionalismo; é o governo das leis e não dos homens» (MC ILWAIN). A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, económica e social (ideologia liberal ou burguesa).

Por isso se pôde afirmar já que o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um «produto da ideologia liberal». Antropologicamente, a ideia de constituição liberal (melhor: a ideologia do constitucionalismo) orienta-se segundo o arquétipo do indivíduo autónomo», capaz de desenvolver a sua personalidade, de

dominar o seu espaço existencial e de conformar livremente a sua «história» (teoria do individualismo possessivo)[19].

II — A constituição como constituição escrita: sentido formal, material e normativo de constituição

1. A constituição instrumental

No constitucionalismo moderno, a constituição foi fundamentalmente concebida como ordenação sistemática e racional da comunidade através de *documento escrito.* Efeito racionalizador, efeito estabilizante, efeito de segurança jurídica e de calculabilidade, efeito de publicidade, são, em maior ou menor medida, os objectivos que se desejavam obter através da fixação do conteúdo constitucional num ou vários documentos escritos — *constituição instrumental.* Fala-se, pois, de constituição instrumental para se aludir à lei fundamental como *texto* ou como *documento* escrito (cfr. *infra,* Parte III).
Este não tem apenas valor para se estudar o caráter *longo* ou *breve* de uma lei fundamental e a sua sistemática (partes, títulos, capítulos, preâmbulos, princípios). Ele é ainda considerado, de *per se,* como uma *garantia da constituição* e como um elemento importante para se resolverem alguns problemas relacionados com os efeitos da constituição como *fonte de produção normativa,* designadamente os de supra-ordenação e coordenação com outras eventuais fontes de direito constitucional (leis constitucionais avulsas, direito constitucional consuetudinário)[20].

[19] A caracterização da «constituição ideal» pode ver-se, em termos particularmente claros, em C. SCHMITT, *Verfassungslehre,* pp.

27 ss. O desenvolvimento e caracterização actual do Estado constitucional, como se refere no texto, encontfa-se em M. KRIELE, *Einfuhrung in die Staatslehre,* Reinbeck bei Hamburg, 1975, pp 104 ss. A explicação mais sugestiva do constitucionalismo como ideologia liberal parece--nos ser a de F. Von HAYEK, *The Constitution of Liberty,* Chicago, 1959 (existe trad. esp., *Los*

fundamentos de la liberdad, 4.ª ed., Madrid, 1982). Referindo-se especialmente ao *telos* da constituição, cfr. K. LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre* (há trad. esp., *Teoria de la Constitución,* p. 149). [20] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 359 ss.

2. A constituição formal

As constituições quando emanadas de um poder constituinte democraticamente legitimado

(1) que intencionalmente manifesta a vontade de emanar um acto compreendido na esfera desse poder;

(2) de acordo com um procedimento específico;

(3) são consideradas como a *fonte formal* do direito constitucional. *Poder* constituinte, *intenção* normativo-constitucional, *procedimento* idóneo para a criação de uma lei fundamental são, em princípio, os requisitos ou condições gerais exigidas para que um acto tenha a natureza de *fonte formal* de norma constitucional.

De uma forma mais ou menos generalizada, a estes requisitos é acrescentada a exigência de uma *força jurídica superior* (valor superlegislativo) expressa, por exemplo, no carácter *rígido ou semi-rígido* das normas e nos processos agravados de revisão.

3. A constituição normativa

O sentido formal articula-se com um sentido normativo. O elemento formal ou morfológico aponta para *qualificação* (ou auto-qualificação) de um acto como fonte de direito constitucional. A dimensão normativa aponta para o fim do acto e para a sua *intencionalidade:* criação de *normas jurídicas.* Quer dizer: os princípios fundamentais de uma «ordem de domínio» e de uma «estrutura básica de justiça» não são de mera natureza «existencial», «decisionística» ou «valorativa»: são princípios aceites e intencionalmente queridos (de forma implícita ou explícita) como normas de uma constituição (é, por ex., a falta de intencionalidade normativa que nos leva a pôr dúvidas em relação ao valor normativo dos preâmbulos constitucionais).

4. A constituição material

A fim de se tornar mais inteligível o conceito, convém partir das seguintes distinções:

1 - *Constituição real* (material) entendida como o conjunto de forças políticas, ideológicas e económicas, operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico. Noutros termos pertencentes a autores contemporâneos: «a constituição real é o conjunto de valores e de escolhas políticas de fundo, condi-vididas pelas forças políticas da maioria ou pelas forças políticas hegemónicas num determinado sistema constitucional (BARTOLE)»; «a constituição real é o conjunto de valores, princípios e praxes que constituem a visão ético-política essencial em torno da qual se agregam as forças hegemónicas da comunidade (BOGNETTI)»[20a]

2 - *Constituição formal:* refere-se ao *acto escrito* e *solene* criador de normas jurídicas hierarquicamente superiores (combinam-se aqui os elementos, atrás diferenciados, de constituição normativa, de constituição formal e de constituição instrumental).

3 - *Constituição material* (normativo-material) é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas.

Confrontem-se, em primeiro lugar, os conceitos referidos em *a)* e c). A constituição real é um conceito

tendencialmente sociológico, essencialmente interessado na determinação ou fenomenologia dos «factos normativos» ou «dados institucionais»; a constituição material é um conceito normativo que, de forma tendencial, equivale a *ordenamento constitucional,* pois abrange o conjunto de todas as normas constitutivas e reguladoras das estruturas fundamentais do Estado e da sociedade, quer essas normas sejam consuetudinárias, quer estejam contidas em leis distintas da constituição formal (além, evidente-mente, das normas contidas na constituição formal).

A última referência (normas da constituição material que fazem parte da constituição formal e normas da constituição material que dela não fazem parte) aponta para a necessidade de *critérios carac-terizadores* da constituição material. Fundamentalmente, são dois:

(1) *o critério formal;*

(2) *o critério substancial.*

O *critério formal* considera decisivo o elemento «fonte de direito»: são constitucionais as normas que, independentemente do seu conteúdo, são criadas por «fontes constitucionais» (a constituição, as leis constitucionais de revisão e aquelas leis às quais foi formalmente reconhecido valor constitucional).

O *critério substancial* ou *material* considera primordial o conteúdo de norma, independentemente de ela ser «produzida» ou não

[20a] Cfr., por último, S. BARTOLE, «Costituzione Materiale e Ragionamento Giuridico», in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli,* Padova, 1985, p. 52 ss.

por uma «fonte constitucional». Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polémicos do direito constitucional: qual é o *conteúdo* ou *matéria da constituição?*

O conteúdo da constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há *reserva de constituição* no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo poder constituinte *(vide, infra,* Parte I, Cap. 4.7C).

Registe-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *«par excellence»,* a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias (cfr. *supra,* conceito da constituição ideal).

Posteriormente, e ainda em termos de experiências constitucionais, verificou-se o «enriquecimento» da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-consti-tucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza «subcons-titucional» (direitos económicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição económica).

5. Constituição material e fontes não constitucionais

Os termos em que se deixou a questão não responde ainda a todos os problemas da constituição material. Apenas se conclui que a experiência constitucional aponta, como tendência, para o alargamento da constituição formal a matérias classicamente não incorporadas nos textos constitucionais. Ainda subsistem três problemas:

(1) o de saber se há direito constitucional material fora da constituição — *direito materialmente*

constitucional mas não formalmente constitucional — ou, de modo mais rigoroso, direito constitucional material «produzido» por fontes não constitucionais;

(2) se há direito constitucional «produzido» por «fontes-facto», como, por ex., o costume constitucional;

(3) se todas as normas contidas na constituição ou actos de valor constitucional são normas materialmente constitucionais, colocando-se, portanto, a hipótese de haver normas formalmente constitucionais mas não materialmente constitucionais.

Quanto ao primeiro problema, já se defendeu que, por constituição material, deve entender-se aquela *matéria disciplinada por normas formalmente constitucionais.*

Aplica-se o critério formal já referido e, não sendo possível uma definição material de «matéria» constitucional, só pode obter-se uma caracterização aceitável se se acentuar que as normas constitucionais se distinguem não pela matéria regulada mas pela sua supremacia formal. Não havendo uma «reserva de constituição» as normas constitucionais podem estender-se a qualquer matéria[21].

Não existe, porém, identidade entre constituição formal e constituição material: a matéria constitucional pode não ser disciplinada por normas formalmente constitucionais. Certas leis, no todo ou em parte, consideram-se materialmente constitucionais, sem serem formalmente constitucionais, como, por ex., a lei sobre partidos políticos (DL 595/74, de 7/1), a lei sobre o direito de oposição democrática (Lei n.° 59/77, de 5 de Agosto), o Decreto da Assembleia Constituinte de 19 de Junho de 1911 (relativo aos símbolos nacionais), a Lei 34/87, de 16/7 (crimes de responsabilidade política dos titulares dos cargos políticos). Há inclusivamente leis que são constitucionais e que podem vir a revestir a forma de lei ordinária (ex.: a Lei n.° 1/76, referente ao território de Macau, foi recebida na Constituição, no art. 292.°, como lei constitucional, mas pode ser alterada por lei ordinária, embora com observância de um processo legislativo especial).

A identificação constituição formal-constituição material dá, por outro lado, como demonstrado que as fontes de direito constitucional são apenas as fontes escritas, dedução que não é líquida, sobretudo se tivermos em vista a problemática do direito consuetudinário constitucional. Finalmente, não sendo a constituição um «código» exaustivo e completo, mas um instrumento formal «fragmentário» e, em muitos domínios, «aberto», tem de admitir--se que nem toda a matéria constitucional esteja vasada em moldes constitucionais[22].

O segundo problema — a criação de normas através de «fontes-facto» — será tratado quando se abordar o costume como fonte de direito constitucional. Deixar-se-á apenas aqui referida a orientação fundamental nesta matéria: o costume é fonte complementar mas não uma fonte primária de direito constitucional. Por outras palavras: aceita-se um *direito constitucional não escrito,* mas apenas com as funções de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas[23].

[21] Cfr., por último, F. Luchaire, «De la Méthode en Droit Constitutionnel», RDPSP, 2/81, p. 281.
[22] Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II/l, p. 372.
[23] Cfr. K. Hesse, *Grundziige,* p. 15. Para outros desenvolvimentos, diferentes da concepção do texto, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II/l, p. 389.

O terceiro problema já não tem nada a ver com a questão do conceito normativo-material da constituição em sentido amplo, pois contrariamente ao que se discutia a este respeito — saber se, para além da constituição formal e da matéria formalmente constitucional, pode haver normas tão somente materiais —, ou seja, normas materialmente constitucionais mas não formalmente constitucionais, agora procura-se uma constituição material dentro da constituição formal. A isto se dedica o número seguinte.

6. A constituição material como o conjunto de normas substancialmente constitucionais inseridas no texto constitucional

Neste conceito de constituição verifica-se uma dupla redução:

(1) a constituição é apenas a constituição formal;

(2) dentro da constituição formal deve operar-se uma distinção entre normas respeitantes a matérias tipicamente constitucionais — as chamadas *normas materialmente constitucionais* ou *substancialmente constitucionais* — e as normas que, embora contidas no texto constitucional, não têm valor constitucional material — *normas formalmente constitucionais mas não materialmente constitucionais.* Centra-se a atenção em alguns pontos essenciais.

O problema em análise não deve confundir-se com o fenómeno de *desconstitucionalização,* existente, por ex., no art. 144.° da Carta Constitucional, pois aqui é o próprio legislador constituinte que, fazendo a distinção entre *«articles réglementaires»* e *«articles fonda-mentaux»,* atribui só aos últimos a garantia de constituição formal, podendo os outros ser modificados pelas «formalidades das legislaturas ordinárias» (portanto, seriam normas não formalmente constitucionais embora constassem do texto constitucional)[24].

A definição material de normas constitucionais — melhor: a junção ou acrescento de uma definição material a uma definição formal — tende a esvaziar-se progressivamente de sentido. Na realidade, a admitir-se a distinção entre normas material e formalmente constitucionais e normas formal mas não materialmente constitucionais (para, por ex., distinguir o objecto de vários ramos do direito público) correr-se-ia o risco de dissolução da *unidade normativa* da constituição. Significa isto dizer que *todas as normas da constituição*

[24] Neste sentido cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II/I, p. 371.

tem o mesmo valor, daí derivando ser insustentável a tentativa de *supra* e *infra* ordenação de normas constitucionais, quer para distinguir entre «normas constitucionais fortes» e «normas constitucionais fracas» (MAUNZ), quer para alicerçar a doutrina de *normas constitucionais inconstitucionais* (BACHOF).
É sobejamente conhecida a definição material de constituição dada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789: *«Toute société dans laquelle la garantie des droits n 'est pas assurée ni la séparation despouvoirs determinée n'apas de constitution».*

Esta definição histórica viria a influenciar a doutrina francesa que procurou sucessivamente um critério material de definição do direito constitucional. Mas não deve esquecer-se que a procura de uma definição material por parte da doutrina francesa está ligada, sobretudo, ao facto de a falta de controlo de constitucionalidade no sistema constitucional francês tornar muito claudicante a superioridade da constituição sobre a lei ordinária. O critério material reconduzir-se-ia, pois, a uma tentativa de salvaguardar um núcleo essencial de matérias com indiscutível dignidade constitucional e a consequente superioridade sobre as leis ordinárias. Daí as sucessivas definições da doutrina francesa. JULIEN LAFERRIERE, *Manuel de Droit Constitutionnel,* 1941, p. 8, definia o direito constitucional como sendo o que tinha por objecto *«organisation politique de 1'État»,* utilizando o termo *«politique»* para o distinguir do direito administrativo, embora acrescentasse que não havia separação nítida entre os dois direitos, pois as *«têtes de chapitre du droit admi-nistratifse trouvent dans le droit constitutionnel».*

MARCEL PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel,* 7.ª ed., Paris, p. 34, continua a limitar o direito constitucional ao *droit constitutionnel politique,* ou seja, ao *«Vensemble des institutions grâce auxquelles le pouvoir s'établit, se exerce ou se transmet dans VÉtat»,* eliminando do seu objecto o direito constitucional da administração, da jurisdição e da nacionalidade.
No sentido da clássica doutrina francesa pode ver-se ainda hoje, entre nós, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* p. 160, para quem o «objecto da constituição material, a este respeito [regulamentação administrativa e regulamentação constitucional do Poder Executivo] há-se ser apenas o que é indispensável para que se identifique a unidade organizatória a que se confia a superintendência no conjunto da actividade administrativa... para além disso, o que do instrumento constitucional constar não será materialmente constitucional. Sê-lo-á apenas formalmente».

Mas a evolução da doutrina é no sentido contrário. Em França F. LUCHAIRE, «De la Méthode en droit constitutionnel», in *RDPSP,* 1980, p. 281, escreve que *«Il n'estpaspossible de donner une définition matérielle du droit constitutionnel français»* e acrescenta que *«est absolument inutile (sauf à rechercher un critère pédagogique) d'ajouter une définition matérielle à la définition formelle du droit constitutionnel».* Na Itália, a distinção com base no critério das *normas de acção* e das *normas de organização* também não teve grandes resultados. Segundo uma primeira orientação, só as normas de organização, ou seja as normas definidoras da competência dos órgãos de soberania e as normas reguladoras do processo de formação das leis seriam material-

mente constitucionais; segundo outra doutrina, só as normas de acção, isto é, as normas que traduzem ou desenvolvem a filosofia política ou garantem direitos fundamentais seriam normas substancialmente constitucionais. Cfr. MORTATI, «Scritti sulle fonti dei diritto e sul interpretazione», *Raccolta di Scritti,* Vol. II, Milano, 1972, pp. 144 ss.; *idem,* «Costituzione», *Ene. dei Diritto,* XI, pp. 169 ss; LAVAGNA, *Istituzioni,* p. 187; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional,* p. 38. Parece claro que hoje tão «materiais», sob o ponto de vista constitucional, são as primeiras com as segundas normas.

Em alguns casos, o que as constituições contêm são normas que se tornaram constitucionais em virtude da importância transitória de certos assuntos (ex.: a caixa pública de amortização em França, consagrada na constituição em 1926, através de lei de revisão, para garantir aos cidadãos o compromisso solene do Estado). Outras vezes, certas normas obtêm dignidade constitucional em virtude de iniciativas populares, embora os assuntos sejam de nulo alcance constitucional (ex.: a proibição de absinto na Suíça foi introduzida na constituição por iniciativa legislativa popular). Finalmente, a elevação à dignidade de constituição formal de certas normas está relacionada com o carácter compromissório da lei fundamental, onde as várias forças constituintes procuram inserir soluções normativas adequadas à «luta por posições constitucionais» (SEIFERT).

Aludindo expressamente à constituição portuguesa como exemplo desta hipótese cfr. G. VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado,* p. 160.

Estamos a aludir, no último caso, ao problema das chamadas contradições positivas entre duas normas da constituição: a inconstitucionalidade de uma norma resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior.

Como irá ver-se, a posição acolhida rejeitará qualquer distinção hierár-quico-material de normas dentro da constituição formal (a não ser, talvez, as que se referem ao processo de revisão). Cfr., quanto a este problema, BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais,* trad. de J. M. CARDOSO DA COSTA, pp. 54 ss.

B | *ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO*

As referências ao conceito ou conceitos da constituição feitas a seguir revelam que os pontos fundamentais em discussão se reconduzem: (1) à ideia de lei fundamental como instrumento formal e processual de *garantia;* (2) à tese de que as constituições podem e devem ser também *programas ou linhas de direcção* para o futuro. Discutir estes dois pontos equivale a perguntar pela estrutura e função da lei constitucional. A isso se dedicam os tópicos subsequentes.

1. A função da lei constitucional

a) *Constituir normativo da organização estadual*

É *communis opinio* da doutrina que a uma lei fundamental pertence determinar vinculativamente as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos do exercício do poder. Desde as constituições liberais dos finais do século XVIII e princípios do século XIX, que os documentos constitucionais estabelecem a modelação da estrutura organizatória dos poderes públicos *(partie organique, Plan other Frame of Government, Zustàndigkeitsordnung, parte orgânica da constituição).* A actual Constituição portuguesa continua esta «tradição».

A Parte III é dedicada à «organização do poder político», aí se definindo as competências e atribuições do Presidente da República (arts. 136.° e ss), as competências e atribuições da Assembleia da República, a forma e o processo dos actos deste mesmo órgão (arts. 156.° ss), a sua organização e funcionamento

(arts. 174.° ss); a função e estrutura do Governo, sua formação, responsabilidade e competência (arts. 185.° ss); a organização dos tribunais e o estatuto dos titulares da função jurisdicional (arts. 207.° ss); a estrutura e competência das regiões autónomas e respectivos órgãos (arts. 227.° ss); a estrutura da administração local (art. 237.°) e as funções da polícia (art. 272.°) e de defesa nacional (arts. 273.° ss.).

b) *Racionalização e limites dos poderes públicos*

É também uma função clássica associada ao princípio da divisão de poderes (separação e interdependência) como princípio informador da estrutura orgânica da constituição. Separando os órgãos e distribuindo as funções consegue-se, simultaneamente, uma *racionalização* do exercício das funções de soberania e o estabelecimento de *limites* recíprocos (cfr. art. 113.71).

c) *Fundamentação da ordem jurídica da comunidade*

A insuficiência das teorias da constituição redutoras da lei fundamental a «instrumento de governo» revela-se quando se constata que «racionalizar», «limitar» e «organizar» poderes pressupõe também uma *medida material* para o exercício dos poderes. A legitimidade material da constituição não se basta com um «dar forma» ou «constituir» de órgãos; exige *uma fundamentação* substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser *um* parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material[1] é hoje essencialmente fornecida pelo *catálogo de direitos fundamentais* (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais).

d) *Programa de acção*
A fundamentação da ordem jurídica da comunidade pode limitar-se à definição dos *princípios materiais estruturantes* (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio da socialidade, princípio pluralista) ou estender-se à *imposição de tarefas e programas* que os poderes públicos devem concretizar. Esta constitucionalização de tarefas torna mais importante a legitimação material, embora se considere, em geral, que o facto de a lei constitucional fornecer linhas e programas de acção à política não pode nem deve substituir a luta política.

A Constituição de 1976 orientou-se no sentido do reforço da função programática, definindo fins, estabelecendo tarefas e criando imposições legiferantes (cfr., por ex., arts. 9.° e 81.°, e muitos dos artigos referentes aos direitos económicos, sociais e culturais).

Da articulação destas várias funções se deduzirá que o problema da constituição não é hoje o de escolher entre uma *constituição-garantia* (ou *constituição quadro)* e uma *constituição dirigente* (ou *constituição programática),* mas o de *optimizar* as funções de garantia e de programática da lei constitucional.

2. A estrutura constitucional

A conjugação das funções de ordem e de garantia com as funções de tarefa ou programa, obriga também a uma *precisão tipológica* das normas constitucionais que corresponda à «riqueza de formas» (H. HUBER) das modernas leis constitucionais.

De uma forma tendencialmente esquemática, pode dizer-se que as *normas determinantes de competências,* as *normas de processo,* as *normas de organização* e as *normas catalogadoras de direitos, liberdades e garantias* esgotavam a tipologia clássica. Hoje, a estrutura programática exige uma complementação tipológica, falando-se de *normas-fim* e *normas-tarefa* (normas programáticas), de *imposições constitucionais* e de *imposições legiferantes.* Por outro lado, e correspondendo também à

acentuação da *natureza de norma jurídica* da lei fundamental directamente aplicável (cfr. art. 18.°), os juristas tentam determinar a *densidade* e *abertura* das normas constitucionais de forma a obter uma eficácia normativa imediata dos textos constitucionais. O tema merecerá adiante outros desenvolvimentos.

C I *O DEBATE TEORETICO-CONSTITUCIONAL*

Mais do que as discussões passadas em torno do «conceito justo» de constituição, interessa conhecer a problemática moderna respeitante à validade (legitimidade) e eficácia normativa de uma constituição nos estados pluri-classistas (GIANNINI), democraticamente organizados, dos tempos actuais. É no contexto de uma sociedade pluralista, normativamente conformada, que ganha mais acuidade a questão do conceito e função das leis constitucionais. As respostas orientam-se segundo três perspectivas fundamentais:

(a) subsistência da compreensão liberal, formal e positivista de constituição;

(b) continuação das perspectivas sociológicas, orientadas para uma compreensão materialista do texto constitucional;

(c) renovação da compreensão material de constituição sob o ponto de vista do Estado de direito democrático.

I — Os pontos de partida para a compreensão da constituição

1. Necessidade de um conceito de constituição constitucional-mente adequado

O conceito de constituição que vai servir de suporte a toda a restante exposição pretende ser um *conceito constitucionalmnte adequado.* A compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teorético e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país. Deste modo, a «referência constitucional» só pode ser a constituição de 1976, e não qualquer arquétipo a-histórico que procure renovar a ideia de «constituição ideal». Retenha-se, pois, este tópico fundamental: a compreensão da constituição tem de ser «construída» com base num texto constitucional e não derivada ou desenvolvida a partir da teoria da constituição. Eis porque o conceito de constituição deve ser um *conceito constitucionalmente adequado*[25]

Se o discurso constitucional a empreender é um discurso centrado sobre um conceito de constituição «construído» sobre um ordenamento constitucional positivo — o ordenamento constitucional português —, isso não significa poder erguer-se a problematização do conceito, estrutura e função de uma lei constitucional sem o auxílio da *teoria da constituição.* Esta terá uma função hermenêutica, crítica e auxiliar do direito constitucional, possibilitadora:

(1) de uma relativa racionalização da pré-compreensão do conceito de constituição;

(2) da crítica das soluções e modelos concretamente adoptados no plano constitucional positivo;

(3) de sistema de referência da constituição em relação à «praxis» constitucional;

(4) de «ciência de conjecturas e refutações» (POPPER) relativamente às possibilidades e limites do direito constitucional.

Tal como hoje em sendo salientado pela doutrina, não há na literatura juspublicística, um conceito único de constituição e nem sequer um conceito que se possa considerar, mesmo tendencialmente, como dominante (K. HESSE). A própria caracterização de uma lei fundamental é apontada como um dos «bicos de obra» com que se defronta a ciência jurídica (P. KASTARI).

Os motivos das discrepâncias doutrinais são da mais diversa ordem:

(1) uns relacionam-se com as próprias concepções de direito e de Estado, surgindo, por isso, «concepções positivistas», «concepções decisionistas», «concepções normativas» e «concepções materiais de constituição»;

(2) outros dizem respeito à função e estrutura da constituição, falando-se em «constituições garantia», «constituições programa», «constituições processuais» e «constituições dirigentes»;

(3) outros conexionam-se com a «abertura» ou com o carácter «cerrado» dos documentos constitucionais, aludindo-se a «constituições ideológicas» e a «constituições neutrais»;

(4) outros ainda apontam para o «modus» do compromisso ou consenso constituinte e daí a alusão a

[25] Cfr. E. W. Bôckenfòrde, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kiitik, in *NJW,* 29 (1976). p. 2098; K. Hesse, *Grundzuge,* p. 32; Grimm, «Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft», in Grimm (org.), *Rechts-wissenschaft und Nachbarwissenschaften,* Vol. I, Frankfurt/M, 1973, p. 53; Häfelin, «Verfassungsgebung», in *Problem der Rechtssetzung. Referate zum schw. Juristentag,* 1974, p. 78; Vorlânder, *Verfassung undKonsens* Berlin 1981, p. 56.

constituições «compromissórias», «consensuais» ou «pactuadas». Motivos de divergência são ainda as directivas ideológicas dominantes dos textos constitucionais, falando-se em constituições socialistas, sociais-democratas e liberais.

Vamos aludir a alguns problemas da constituição, tal como eles são discutidos na juspublicística contemporânea, a fim de podermos, em seguida, precisar as características de um conceito de lei fundamental temporalmente adequado.

2. Crise e crítica do conceito de constituição

Compreender hoje a constituição implica ter presentes todos os momentos de *crise e crítica* do respectivo conceito, inserindo-os no próprio processo de *historicidade* e na *experiência* da teoria e praxis humana. Concretamente, a iluminação do conceito de constituição pressupõe:

(1) o conhecimento da «ideia constitucional» racionalista, conducente à noção de «constituição ideal» (= constituição liberal, constituição do Estado do Direito burguês);

(2) a crítica do conceito racionalista apriorístico pelas doutrinas contra-revolucionárias e res-tauracionistas assentes no *conceito histórico* da constituição;

(3) a crítica sociológica ancorada na análise das «forças reais de poder» e na distinção entre *constituição real* (= constituição sociológica) e «folha de papel» (= constituição escrita);

(4) o alicerçamento do *conceito formalista* de constituição, de acordo com as teorias jurídicas do positivismo estadual e do positivismo normativista;

(5) a reacção a favor de uma *compreensão material* de constituição contra o conceito formal e positivista,

empreendida por um significativo sector juspu-blicístico alemão na década de 20-30;

(6) a discussão em torno do «conceito justo» de constituição no após-guerra, polarizada, até meados da década de 60, em torno do *conceito jurídico-estadual* de constituição (constituição de Estado de Direito) e do conceito jurídico-*-social* (= constituição do Estado de Direito social);

(7) a querela sobre os problemas da *legitimidade,* de *compromisso* e do *consenso constitucional,* conduzida essencialmente pelos cultores da Ciência Política a partir da década de 70.

Deve ter-se reparado que falamos dos momentos de *crise e crítica* da constituição. Não se trata, porém, de aderir ao coro pessimista das vozes que, de vários quadrantes, proclamam a «morte da constituição». A maior parte das vezes, fala-se em «crise de constituição» sob uma perspectiva fenomenológica, sem haver preocupação de situar a crise no respectivo contexto sócio-económico.

Umas vezes, a crise da constituição associou-se à «decadência do direito e à crise do Estado de Direito» como caraterística da «situação ética do nosso tempo» (H. HUBER); noutros casos, insiste-se na *crise política de constituição,* derivada de vários factores, desde a estrutura social interna até à ordem jurídica supranacional.

Por um lado, o *pluralismo social,* expressão de divergências ou de antagonismos políticos, perturba decisivamente a função de unidade e integração da lei constitucional; por outro lado, a criação de *ordens jurídicas supranacionais* pode tornar a constituição em anacronismo jurídico.

Finalmente, a progressiva ideologização das constituições ameaça convertê-las em «programas partidários» (BURDEAU). Refere-se, ainda, a *personalização do poder,* conducente à substituição da legitimidade constitucional pela legitimidade pessoal. Outro factor erosivo da força normativa é, também, o mito da *revolução através da lei,* ele mesmo apontando para a diminuição da força ordenadora da constituição perante a meta da revolução. Teremos assim um elenco das razões justificativas da «perda do sentimento constitucional» e da «cedência da força normativa da constituição ante a normalidade social» (K. LOEWENSTEIN).

O problema conexiona-se, como se vê, com a questão, já discutida, da relação dialéctica entre a constituição e a realidade constitucional. Mas impõem-se mais algumas considerações para, a título conclusivo, se precisar o alcance da força normativa da constituição.

Sem contestar a justeza de algumas das considerações anteriores, parece-nos ilegítima a ilação de que a lei fundamental é hoje um «instrumento pervertido, inútil e obsoleto» O «impulso tanático» ou «corrida para a morte» da constituição, de que falam os autores, assenta, algumas vezes, numa *pré-compreensão* (ou pré-compre-ensões) de Estado e de sociedade que hoje «está perdida»: a pré-compreensão liberal da radical separação entre Estado-sociedade, a pré-compreensão hegeliana e organicista da integração harmonizante e totalizante das leis, a pré-compreensão normativista-positivista e a pré-compreensão sociológico-positivista.

Se a *função estabilizante* e *integradora* da lei constitucional ainda hoje é uma das finalidades a que se propõe uma constituição, não se deve concluir que dessa função resulta necessariamente uma *unidade da constituição* imune a conflitos, tensões e antagonismos. A unidade é uma «tarefa» conexionada com a ideia de *compromisso* e *tensão* inerente a uma lei fundamental, criada por forças políticas, plurais e com projectos dissidentes.

Daí que a constituição, ao aspirar transformar-se em projecto normativo do Estado e da sociedade, aceite as contradições dessa mesma realidade. Esta radical conflitualidade ou permanência de contradições não exclui ou não tem de excluir uma «intenção de justiça» e «verdade» na proposta normativo-constitucional.

A *estrutura dinâmica* de uma lei fundamental aponta para a necessidade de *aberturas,* pois, caso contrário, a excessiva rigidez do texto constitucional conduz à distanciação das normas perante o «metabolismo social». É neste contexto que os autores falam do *carácter fragmentário* da constituição (H. P. SCHNEIDER), da necessidade de *contra-estruturas* que reforcem a efectividade das normas constitucionais sobre o processo político (K. HESSE) e da *processua-lização dos textos constitucionais* (P. HÀBERLE). Há que tornar possível, sobretudo, a *adequação temporal* da constituição, assumindo aqui primacial relevo os instrumentos de *revisão constitucional*[26].

Finalmente, a crise da constituição alerta-nos para a consciência dos limites de uma constituição e do direito constitucional. Sendo este um «direito que gravita sobre si próprio» (SMEND), estará em permanente tensão com o exercício do poder e não se lhe pode exigir que tenha instrumentos repressivos ou sancionatórios, típicos de outros ramos de direito. A história constitucional demonstra que a força normativa da constituição depende da «vontade de constituição (HESSE) e que as leis constitucionais não têm potencialidades de, só por si, conformar totalmente o processo político-social. Se não se deve falar de um *grau--zero de eficácia da constituição* e do direito constitucional (DROR), deve, contudo, abandonar-se a pretensão de uma pré-determinação constitucional exaustiva e a crença acrítica nos mecanismos normativos.

II — As orientações teoréticas

1. A subsistência da compreensão formal de constituição

a) A *constituição como um «sistema de artifícios técnico-jurídicos» do «status quo»* (FORSTHOFF)

Uma das orientações ainda hoje sufragada por uma significativa parte da doutrina é aquela que considera deverem as leis fundamentais

[26] Sobre o carácter "fragmentário", cfr., por último, E. W. Böckenförde, «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft», in *Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift flir U. Scupin,* 1983, p. 32.

ser *instrumentos formais de garantia,* despidas de qualquer conteúdo, social e económico. A aceitação e incorporação de actividades sócio--estaduais no texto constitucional terá como consequência inevitável a perda de «juridicidade» e «estadualidade» por parte da constituição, conduzindo, assim, àquilo que se pode chamar a «inversão», «introversão» e «perversão» da lei constitucional (FORSTHOFF).

Por outras palavras: a introdução de um conteúdo material, social-economi-camente caracterizado, implica a «insegurança do direito constitucional», pois a constituição deixa de ser lei, perde a sua formalidade, racionalidade, evidência e estabilidade, para se dissolver na «enxurrada» do social. Sendo as leis constitucionais instrumentos de garantia, compreende-se que só possam garantir o existente, o *status quo;* não podem ser «leis sociais». Se se quiser salvar o Estado de Direito e a positividade da lei fundamental, necessário se torna transferir os elementos sociais para o nível da administração.

Esta tese não nos conduz a um conceito de constituição constitu-cionalmente adequado. Além de assentar num *background* histórico--espiritual inaceitável (o estado autoritário, bismarkiano e nazi, e a «sociedade organizada»), significa o regresso ao Estado de Direito formal, pois a insistência na tecnicidade, neutralidade e positividade da lei fundamental do Estado de Direito, com desprezo dos elementos democráticos, sociais e republicanos, materialmente caracterizadores, das constituições

actuais, encobre um «falso positivismo».

Consiste este em eliminar dos documentos constitucionais a sua dimensão material (o seu conteúdo legitimador), e aceitar que os conteúdos sejam impostos, de forma existencial e fáctica, pela prática e decisões dos agentes políticos e administrativos (positivismo sociológico).

A constituição é, ainda hoje, uma garantia, mas a função garan-tística não é incompatível com a materialização da lei fundamental.

b) A *«desmaterialização da constituição» «instrument ofgovernment»* (HENNIS) *através da sua redução a* Ainda com alguns pontos de contacto com a anterior está a concepção daqueles autores que visualizam as leis fundamentais como simples *instrument ofgovernment,* de natureza processual e não material (HENNIS, POSSONY).

A constituição não seria nem mais nem menos do que um instrumento de governo que estabelece compe-tências, regula processos e define os limites da acção política. As leis constitucionais deveriam preocupar-se com o processo da decisão e

não com o conteúdo, a substância da decisão. Só assim a constituição deixará de ser um «caminho de ferro social e espiritual», ao mesmo tempo que cumpre a sua missão fundamental — a de criar uma ordem estável para um governo efectivo, ajustando-se às diferentes situações materiais e aos diferentes programas de governo.

Não restam dúvidas que a estrutura programática de uma constituição, onde por vezes avultam pedaços de «utopia concreta», implica sérios riscos, o principal dos quais é o do esvaziamento da sua força normativa perante a dinâmica social e política. Todavia, o processo e a forma só têm sentido, num Estado Democrático, quando relacionados com um certo conteúdo.

Daí que uma lei fundamental não possa ser completamente asséptica sob o ponto de vista substantivo. Por outro lado, subjacente à constituição «como instrumento de governo» está a ideia liberal da absoluta *separação Estado-sociedade* com o corolário do *Estado mínimo:* a constituição limita-se a funções de organização e de processo da decisão política (constituição do Estado liberal) e abstém-se de intervir na *res publica* (a sociedade civil).

A ideia de liberdade que se agita contra a «pampo-liticização» constitucional é, de novo, uma liberdade pré-estadual, que parece esquecer quer a existência de poderes fácticos de domínio a nível da sociedade civil, quer o facto de o Estado mínimo e a constituição que o conforma não serem necessariamente os mais livres.

Sem minimizar os problemas suscitados pela ideia do Estado universal hegeliano ou pelos «novos Leviathans» (o temor do *General Dr. Von Staat* de Thomas Mann) e quaisquer que sejam as objecções à concepção do Estado como «auto-organização da sociedade» a revolta contra uma constituição global normativa pode ser um meio encapuçado de defesa de um «totalitarismo da sociedade».

É uma questão que a problemática gramsciana da *democratização da sociedade civil* tem enfrentado e que a doutrina alemã se vê impotente para solucionar, se não partir da ideia de «ordenação diferenciada» e concreta do Estado e da sociedade através da constituição e da lei. Cfr. K. HESSE, «Bemerkungen zur Problematik und Tragweit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in *Staat und Gesellschaft,* org. de W. BÕCKENFÕRDE, Darmstadt, 1976, p. 486. Na literatura italiana veja-se G. AMBROSINI, «Costituzione e società», in *Storia d'Italia,* Vol. I, Turim, pp. 2032 ss; P. INGRAO, «Interclassismo CD e nuovi rapporti tra Stato e società nelle crisi italiana», in *Critica Marxista,* 1973, n.° 2; FROSINI, *Costituzione e società civile,* Milano, 1975.

Além disto, parece hoje insustentável querer continuar a lidar com um conceito de constituição referido exclusivamente ao Estado. O problema fundamental não está em contrapor uma constituição como instrumento de governo a uma constituição como lei da sociedade e do Estado, mas sim em saber a justa

medida que uma lei constitucional pode ser uma ordem fundamental da *res publica* (constituição republicana) sem se converter num instrumento totalizador, integracionista e identificador de concepções unidimensiona-lizantes do Estado e da sociedade[27].

c)A *constituição como um* (LUHMANN) *«conjunto de convergências negativas»*

Partindo de um conceito apriorístico de constituição — a constituição liberal-burguesa do século xix — e integrando a lei constitucional numa teoria sistémica funcionalisticamente orientada, chega-se à conclusão de que o sentido e função da Constituição é estabelecer «negações explícitas», «negações de negações», «limites» e «impedimentos». Só uma compreensão de constituição formal e ordenadora serve para se reduzir a complexidade do sistema, assegurando a satisfação das necessidades de ordenação.

Trata-se, de novo, de uma teoria cujo pressuposto ideológico é a sociedade tecnocrática capitalista e cujo pressuposto teórico é uma teoria sistémica funcionalmente orientada. A exclusão de qualquer conteúdo material e a expulsão de elementos sociais (como direitos e princípios da constituição económica), considerados disfuncio-nalmente operantes, são incompatíveis com o texto constitucional de um Estado democrático socialmente orientado como é o português [M]

2. A teoria materialista da constituição: entre a formalização e o economismo

Os pontos de partida das principais teorias da constituição pre-tensamente inspiradas pela doutrina marxista são os seguintes:

[27] Entre nós, ver, recentemente, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976,* p. 16 s, que se refere justamente ao «progressivo alargamento das intenções constitucionais nas constituições portuguesas» e constata que a «constituição, em vez de se identificar com a mera organização do poder atinge sectores da sociedade enquanto reciprocamente implicantes com o Estado». Cfr., também, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* p. 36, que realçam a natureza da constituição como «lei fundamental da sociedade».

[28] Ultrapassaria os horizontes de uma introdução ao direito constitucional a discussão detalhada destes conceitos de constituição (cfr. para isso, o nosso livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador,* Coimbra, 1982, p. 79 ss).
Como se diz no texto, as teses em referência assentam num *background* histórico-espiritual que julgamos inaceitável para um conceito de constituição cons-titucionalmente adequado: o Estado autoritário (bismarkiano e nazi no caso de FORS-THOFF) e o Estado tecnocrático-capitalista no caso de LUHMANN.

(a) análise sócio-económica da sociedade e problematização das condições possibilitadoras de constituições com conteúdo democrático, socialmente emancipador;

(b) análise da função da constituição na «sociedade capitalista avançada». Tendo em conta estas duas dimensões, é possível descortinar diversas orientações na teoria materialista da constituição.

a) A *constituição como «fórum»*

A constituição é (deve ser) uma ordem-quadro de compromisso democrático, aberta à possibilidade de «transferência social», isto é, um *fórum* (SEIFERT) no qual possa haver espaço para as confrontações políticas e sociais e para uma política alternativa de desenvolvimento socialista da sociedade.

Trata-se, pois, de propor uma ordem constitucional aberta que, embora não renuncie à positividade constitucional de alguns valores, deve sobretudo conceber-se como um *fórum* democrático de confrontações, eventualmente conducentes a momentos socialmente èman-cipadores. Se bem se compreende, a ideia de *fórum* aponta para uma tendencial desmaterialização e formalização do texto constitucional e para um reforço da abertura democrático-processual.

As consequências desta perspectiva não são totalmente aceitáveis: a constituição reconduz-se a um «consenso estático e formal», rebelde à «tirania dos valores», a um mero espaço de luta que, tal como está aberto a evoluções socialmente emancipadoras, também não pode impedir evoluções socialmente conservadoras. Com isto acaba-se no positivismo sociológico, legitimador da imposição dos «valores» transportados pelas forças dominantes, sem qualquer garantia dos «princípios básicos de justiça» que devem informar os textos constitucionais[29].

b) *A constituição como compromisso político*

Tendo como ponto de referência a *Grundgesetz* de Bonn, alguns autores reconduzem esta Lei Fundamental a um compromisso político entre os grupos sociais que participaram na sua feitura. A constituição surge, precisamente, como um armistício entre classes sociais com o fim de possibilitar uma luta sem confrontações físicas violentas. No

[29] Cfr., sobretudo, J. SEIFERT, «Haus oder Fórum. Wertsystem oder offene Verfassungsordnung», in HABERMAS (org.), *Stichworte zur «Geistigen Situation der Zeit»,* Frankfurt/ M, Vol. I, 1980.

que respeita ao movimento operário, a lei fundamental oferece um espaço de acção política e a consequente possibilidade de transformação da sociedade classista, sem recurso à violência. Daí a contradição de qualquer constituição burguesa: é, simultaneamente, um dos meios mais importantes para a estabilização da sociedade e um instrumento da sua própria transformação (ABENDROTH)[30].
A ideia de constituição como simples «armistício» despreza uni-lateralmente alguns «momentos materiais emancipadores» e infra-valoriza o problema da legitimidade material de qualquer texto constitucional.

3. A compreensão material de constituição

a) A *constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade* (HESSE)
Uma das concepções que parece lograr mais sufrágios na moderna juspublicística é aquela que pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do Estado Democrático Constitucional:

(1) a *legitimidade material,* o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais caracterizadores do Estado e da sociedade;

(2) a *abertura constitucional,* porque, não obstante a constituição ser uma ordem material, ela deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas, portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais. Embora não deva restringir se a um «intrumento de governo» ou a uma simples «lei do Estado», também não deve arrogar-se ser uma lei de «totalidade social», «codificando» exagera-damente os problemas constitucionais.

Se a constituição se destina à regulamentação de relações de vida historicamente cambiantes ela deve ter um conteúdo temporalmente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer «dentro do tempo». Caso contrário, pode pôr em perigo a sua «força normativa» e sujeitar-se a constantes alterações.

A teoria da constituição a que se referem as considerações anteriores tem sido desenvolvida na Alemanha Federal por K. HESSE. Cfr. *Grundzuge des Verfassungsrechts,* pp. 3 ss.
Acentuando a dimensão de «abertura» sugerida por HESSE, alguns autores, como P. HÄBERLE têm desenvolvido o problema servindo-se como
[30] Cfr., sobretudo, ABENDROTH, *Das Grundgesetz,* 3." ed., Pfúllingen, 1972, p. 105; *Arbeiterklasse, Staat und Verfassung,* Frankfurt/ M, 1974, pp. 230 ss.

arrimo metodológico, do *pensamento de possibilidade ou de alternativa* do racionalismo crítico e da ideia de legitimação processual desenvolvida por outros autores e que ainda hoje domina a juspublicística americana. Todavia, o resulta da

construção de HÀBERLE — a *constituição como processo* — não é uma teoria normativa aberta, mas uma teoria «deslizante», onde quase se dissolvem as fronteiras entre realidade constitucional e «realidade inconstitucional» Cfr. HÀBERLE, *Verfassung ais õffentlicher Prozess,* Berlin 1978. Para maiores desenvolvimentos cfr. o nosso livro *Constituição Dirigente,* pp. 90 ss. Num sentido diferente, cfr. a tese de LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976,* p. 50 ss. Por último, cfr. a excelente "revisita" desta problemática em P. LUCAS VERDU, *Estimativa y Política,* p. 40 ss.

A teoria em referência condensa algumas das dimensões mais importantes dos documentos constitucionais, mas a exigência da abertura em nome da democracia pode conduzir a um relativo esvaziamento da *função material de tarefa* da constituição e conduzir à «desconstitucionalização» de elementos legitimadores da ordem constitucional (constituição económica, constituição do trabalho, constituição social, constituição cultural).

b) A *constituição como um conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem política e social e do seu processo de realização* (BÀUMLIN)

As objecções referidas em último lugar justificam que se faça menção (embora abreviada) de uma outra corrente que, sem esquecer a historicidade do direito constitucional e a necessidade de evitar um «perfeccionismo constitucional» (a constituição como estatuto detalhado, sem abertura), aponta para o carácter de *tarefa* e *projecto* da lei constitucional. Esta ordena o processo da vida política e fixa limites às tarefas do Estado e da comunidade; mas é também um documento prospectivo na medida em que formula os fins sociais mais significativos e identifica o programa da acção constitucional[31].

[31] Um dos autores que tem insistido nestes aspectos é o juspublicista suíço R. BÀUMLIN. Os pontos fundamentais das suas teorias são devidamente valorados ao longo do presente curso, embora a nossa concepção de historicidade constitucional e adequação temporal seja um pouco diferente da do autor em referência. Cfr., BÀUMLIN, *Lebendige oder gebàndigte Demokratie,* Basel, 1978, pp. 80 ss. Acentuando a ideia de constituição como «plano de conformação social» — «plano dos planos» —, cfr. N. ACHTERBERG, «Die Verfassung ais Sozialgestaltungplan», in *Festschrift fiir U. Scupin,* cit., p. 293 ss.

O carácter programático das leis e sobretudo das constituições merece sérias reticências aos paradigmas pós-modernos. A acentuação das ideias liberais conduz também à enfatização "processual" dos documentos constitucionais. Entre nós, a radicalização teorética dos dois tipos básicos de constituição — constituição programa e constituição processo — ver-se-á em LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976. A Transição Dualista,* Coimbra, 1988, p. 68 ss.

CAPITULO 4
O PROCESSO ESPECIFICAMENTE ESTRUTURANTE — PODER CONSTITUINTE E PACTO FUNDADOR

Sumário

2. Teorias democráticas
a) Teoria da soberania nacional
b) Teoria da soberania popular
3. A teoria do Estado
4. Teoria da soberania popular e constituição real
5. Soberania popular na Constituição Portuguesa de 1976
6. Nação-estado como agentes de mediação e instrumentos de simbolização

C) **O PROBLEMA DA METÓDICA CONSTITUINTE**
1. Poder constituinte material e poder constituinte formal
2. Reserva de constituição
3. Programa fim e programa condicional
4. Conteúdo essencial e desenvolvimento constitucional

D) O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO

I —A constituição como "reserva de justiça" II — O problema da legitimidade da constituição
1. Legitimidade da constituição
2. Concepção tradicional de legitimidade
3. Fundamentação objectivo-valorativa da legitimidade

III — A legitimidade numa sociedade aberta pluriclassista
1. Legitimidade através de competências e procedimentos
2. Legitimidade através do consenso

IV — Os limites do poder constituinte
1. Os dados sociológicos, antropológicos e culturais
a) Dados "reais" e "naturais"
b) Dado antropológico
c) Dados institucionais
d) Imagens do homem *è)* Fins da comunidade
f) Sentimento jurídico
g) Experiência de valores
2. A supraconstitucionalidade autogenerativa
3. A dimensão utópico-constituinte

E) O PROCEDIMENTO CONSTITUINTE

I — A legitimação através do procedimento II — As formas do procedimento constituinte
1. Procedimento constituinte directo e procedimento constituinte representativo
1.1. Procedimento constituinte directo
1.2. Procedimento constituinte representativo
1.3. Procedimento misto
2. Procedimento constituinte monárquico

III — Juízo sobre as formas procedimentais constituintes: referendo e plebiscito

Indicações bibliográficas

A c **Bi PODER CONSTITUINTE E TEORIA DO PODER CONSTITUINTE**

Acosta Sanchez, J. — *Teoria dei Estado y Fuentes de la Constitucion,* Cordoba,
1989. Baracho, J. A. O. — "Teoria Geral do Poder Constituinte", *RbrEP,* n.° 52 (1981),
p. 7 ss. Breuer, S. — "Nationalstaat und Pouvoir Constituam bei Sieyés und Cari
Schmitt", *ARSP,* 1984, p. 494 ss. Böckenförde, E. W. —*Die Verfassunggebende des Volkes —Ein Grenzbegriff
des Verfassungsrechts,* Berlin, 1986.
Brasso, P. — "Potere Costituente", in *Ene. delDiritto,* Vol. XXXIV (1985).
Burdeau, G. — *Traité de Science Politique,* Vol. IV, p.181 ss.
Colombo, P. — '"Riforma legale' e 'potere constituinte' nelle constituzione rivo-
luzionarie francesi", in *Il Político,* 10 (3/1985), p. 461. Hofmann, H. —*Legitimität und Rechtsgeltung,* Berlim, 1977. Luque, L. A. —*Democracia Directa y Estado Constitucional,* Madrid, 1977. Miranda, J. — *A Constituição de 1976,* p. 75 ss. — *Manual,* II, p. 403 ss.
Mortati, C. — "Le Constituente", in *Scritti,* Vol. I, p. 341 ss. Murswiek, D. —*Die Verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz fiir die Bundesrepublik Deutschland,* Berlim, 1978. Tosch, E. — *Die Bindung des Verfassungsânderden Gesetzgebers an den Willen
des historischen Verfassungsgebers,* Berlim, 1979. Vega, P. — *La Reforma Constitucional y la problemática dei Poder Consti-
tuyente,* Madrid, 1985.

C e **D** e **E) METÓDICA CONSTITUINTE, LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO E PROCEDIMENTO CONSTITUINTE**

Buchelt, J. — *Der Begriffdes Referendums und seine Bedeutungfiir die politische
Praxis,* Hamburg 1970.
Luque, L. A. —*Democracia Directa y Estado Constitucional,* Madrid, 1977. Miranda, J. — *Manual,* II, p. 403 ss. Quermone, J. L. — "Le referendum. Essai de typologie prospective", in *RDPSP,*

3/1985, p. 576 ss. ULERI, P. — "Le forme di consultazione popolare nelle democracia: una tipo-
logia", in *RISP,* XV, (2/1985), p. 205 ss. WÜRTENBERGER, Th. —*Zeitgeist und Recht,* Tubingen, 2ª ed., 1991.

A I *PROBLEMÁTICA DO PODER CONSTITUINTE*

No presente capítulo vai discutir-se um problema nuclear não só do direito constitucional mas de todo o direito. E não se trata apenas de um problema de direito. Aqui vêm convergir numerosos e complexos problemas que, desde há muito, constituem uma autêntica *crux* dos cultores da filosofia do direito, da teoria Estado, da ciência política e da sociologia.

As questões da origem do Estado, do ordenamento jurídico, da fundamentação do poder político, das revoluções, dos governos de facto, das fontes de direito, são, entre muitos outros, alguns dos temas que costumam ser discutidos e repensados quando se aborda a problemática do poder constituinte. Tentar-se-ão aflorar certos tópicos dentro das balizas da teoria da constituição, sendo certo que outros muito importantes e estreitamente relacionados com o nosso problema obterão melhor tratamento na teoria geral do Estado e do direito e na introdução ao estudo do direito.

1. O poder constituinte como problema metódico de normação

O poder constituinte, como o próprio nome indica, visa "constituir", "criar", "positivar", normas jurídicas de valor constitucional. Por isso se diz que à problemática do poder constituinte está subjacente uma questão metódica de *regulação jurídica.* Através de normas jurídicas — aqui "pressupostas" como normas superiores — pode ou não influenciar-se uma determinada situação social, conformando activa, consciente e rectamente a sociedade, criando-se relações de confiança entre os cidadãos, legitimando-se expectativas de comportamentos e fundamentando-se pretensões individuais e colectivas?

Como se trata da criação de normas constitucionais, o problema de uma regulação jurídica responde a uma necessidade de mudança e *desenvolvimento* político e jurídico. Se uma situação social é negativamente valorada em relação a uma outra situação considerada como possível e desejável deve ou não, através de normas, alterar-se a situação existente? A resposta a esta interrogação coloca a problemática do poder constituinte no plano da *metódica de regulação:* pretende-se a revelação intencional de regras e princípios jurídicos (= normas jurídicas) através da objectivação de um conteúdo jurídico, recorrendo a certas formas e procedimentos.

2. Poder constituinte e impulso constituinte

A revelação intencional de novas regras jurídicas básicas para a sociedade é, sobretudo a nível constituinte, condicionada por confrontações, consensos, dissensos e compromissos políticos e sociais. Con-sequentemente, a objectivação de novos conteúdos jurídicos liga-se a uma *questão de poder.* Entidades pluriformes, heterogéneas e dinâmicas da sociedade, como partidos, grupos, associações, confissões religiosas, meios de informação, forças militares — *a "constituição material"* —, desencadeiam um *impulso* que conduz um poder — o poder constituinte — a manifestar-se e a actuar normativamente. O "movens" deste poder constituinte será, muitas vezes, uma revolução.

Note-se, porém, que o *impulso constituinte* — isto é, o conjunto de motivos conducentes ao exercício de um poder constituinte — não se reconduz necessariamente à ideia de criação de uma nova constituição. Pode ser suficiente uma "reforma", "revisão" ou "emenda" da constituição existente. Em qualquer dos casos, põe-se o problema da *justeza do grau de regulação:* é necessário utilizar, para a objectivação de novos conteúdos jurídicos, instrumentos de revelação formais situados no grau ou escalão hierarquicamente superior das normas jurídicas (normas constitucionais)?

3. Poder constituinte e densidade de regulação adequada

Obtida a resposta quanto à necessidade e justeza do grau de regulação do poder constituinte depara-se um outro problema metódico: saber se o esquema de regulação deve *ser perfeccionista,* isto é, longo, pormenorizado, casuístico, ou, pelo contrário, deve ser *aberto,* fragmentário, generalizante? Por outras palavras: ao fazer-se uma constituição — uma vez admitida que ela é necessária e a lei constitucional é o estalão normativo adequado — impõe-se ainda iluminar este problema: qual a *densidade adequada* de regulação constitucional? Quais as matérias e qual o grau de concreção das mesmas ao optar-se pela sua inserção no "texto" constitucional? Foca-se aqui o problema, já atrás aflorado, da "extensão constitucional", e o problema da *reserva de constituição* que a seguir será abordado.

4. Poder constituinte e procedimento justo

A feitura de uma constituição por um poder constituinte suscita também o problema do *procedimento constituinte adequado.* Uma constituição não é uma decisão *"one shot"* de um poder, ou seja, a constituição não se resume a um só acto editado pelo poder constituinte. Há toda uma sequência procedimental, todo um caminho a percorrer, desde a convocação de eleições para uma assembleia constituinte ou para um acto referendário, até à aprovação juridicamente vinculativa do texto constitucional. Todo o complexo de actos —- eleições, discussões, redacções, votações, aprovação, publicação — necessários para se chegar ao "acto final" — a constituição — deve estruturar-se em termos *justos (due process)* e adequados. Neste sentido se fala de *legitimidade da constituição através do procedimento.*

5. Poder constituinte e legitimidade da constituição

Subjacente à pergunta — é "justa", "boa", "valiosa", a constituição criada pelo poder constituinte? — está o problema de saber se ela tem *legitimidade,* ou seja, se as soluções materiais e os seus projectos regulativos podem ser reconhecidos pela comunidade como "intrinsecamente justos".
Este leque de questões será retomado nas considerações subsequentes. Começar-se-á pela teoria do poder constituinte.

B I *TEORIA DO PODER CONSTITUINTE*

I — A teoria clássica do poder constituinte **1. A formulação de** Sieyés

"Une constitution suppose, avant tout, un pouvoir constituant", escreveu Sieyés na *Exposition raisonée des droits de Vhomme et du citoyen,* lida ao Comité da Constituição, em 20 de Julho de 1789[1].

[1] Cfr., Sieyés, *Préliminaire de la Constitution; reconnaissance et exposition raisonnée des droits de Vhomme et du citoyen,* Paris, 1784, reproduzido em Zapperi (org.), *Écrits politiques de Sieyés,* 1985, p. 192 ss.

Eis como ele colocava a questão: a soberania popular consiste essencialmente no poder constituinte do povo. Os poderes criados pela constituição são poderes múltiplos e divididos, mas todos, sem distinção, são uma emanação da vontade geral, todos vêm do povo, isto é, da Nação. E se o povo delega certas partes do seu poder às diversas autoridades constituintes, ele conserva, no entanto, o poder constituinte. Conservando nas suas mãos o poder constituinte, o povo não está vinculado à constituição.

A Nação é uma *realidade natural* que não pode estar submetida a nenhuma constituição: *"il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maltre*

suprème de tout droit positif". A distinção feita por SIEYÉS entre *poder constituinte & poderes constituídos* parece uma verdade evidente. No entanto, ela representa uma compreensão inteiramente nova do fenómeno constitucional. Ao dizer-se que uma constituição supõe um poder constituinte significa que ela não é um *dado* mas uma *criação.* O poder constituinte surge, assim, como uma espécie de *natura naturans,* uma força originária da nação que "organiza a organização" do poder político [la].

2. Características do poder constituinte

O poder constituinte, na teoria de SIEYÉS, seria um poder *inicial, autónomo* e *omnipotente.* É *inicial* porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do *soberano* (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder *autónomo:* a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve "dar-se" uma constituição à Nação. É um poder *omnipotente, incondicionado:* o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.

[la] A relação do *pouvoir constituant* com o *pouvoir constitué* tem a sua analogia sistemática e metódica na relação *natura naturans* com a *natura naturata.* Cfr. C. SCHMITT, *La Dictadura,* Madrid, 1968, p. 188. SCHMITT recorda a filosofia raciona-lista de SPINOZA, segundo a qual a *natura naturans* é a energia criadora, a presença de Deus no mundo, oposta à *natura naturata,* objecto de ciência humana. Daí que também PEDRO VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática dei Poder Constituyente,* p. 28, observe que: "a fundamentação [do poder constituinte] não é jurídica, mas ontológico-existencial". Deve realçar-se que o *"background"* social e político da génese do poder constituinte no constitucionalismo americano apresenta especificidades notáveis relativamente aos pressupostos sócio-políticos europeus. Cfr. informações pormenorizadas em ACOSTA SANCHEZ, *Teoria dei Estado y Fuentes de la Constitucion,* p. 368 ss. Cfr. também PASQUINO, "Emmanuel Sieyés, Benjamin Constant

3. Poder constituinte originário e poder constituinte derivado

SIEYÉS distinguiu entre *poder constituinte* e *poderes constituídos.* Há, porém, um poder — o poder de modificar a constituição em vigor segundo as regras e processos nela prescritos — que é também considerado como *constituinte,* embora, por outro lado, ele seja *instituído* pela própria constituição [2]. Este poder — *poder constituinte derivado, poder de revisão, poder constituinte em sentido impróprio* — distingue-se do *poder constituinte originário.* Este último seria um poder que residia sempre na Nação (e não apenas nos momentos de criação de uma constituição), permanecendo fora da constituição (lei constitucional). Nenhum poder de revisão o poderá regular; em nenhum órgão e em nenhum poder da constituição podemos encontrar a sua conformação político-jurídica. Permanecendo fora e sobre a constituição, compreende-se que ele não seja um poder vinculado pela constituição.

Os *poderes constituídos* movem-se dentro do quadro constitucional criado pelo poder constituinte. O *poder de revisão constitucional* é, consequentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo. Verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, "uma paródia do poder constituinte verdadeiro" [3]. Esta era a tese revolucionária, perfeitamente adequada ao carácter inicial, autónomo e incondicionado do poder constituinte.

Ela coloca--nos perante o problema de saber se, para se exercer o poder constituinte, será necessário desencadear-se uma revolução, golpe de estado, desagregação social, ou se o poder constituinte pode manifestar-se também em períodos de normalidade social. Todavia, neste caso, mal se concebe que o fenómeno da criação constitucional se produza fora dos esquemas constitucionais existentes, o que logicamente nos afasta

et le 'Gouvernment des modernes', contribution à l'histoire du concept de représenta-tion politique", in RFSP, 2/1987, pp. 214 ss; C. CLAVREUL, "Sieyés et la genèse de la représentation moderne", in RFTJ, 6/1987, p. 45 ss.
[2] Cfr. STEINER, *Verfassunggebung,* cit., p. 194.
[3] Cfr. BURDEAU, *Traité de Science Politique,* Vol. II. cit., p. 204; PEDRO VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática dei Poder Constituyente,* Madrid, 1985, p. 60; ACOSTA SANCHEZ, *Teoria dei Estado y Fuentes de la Constitución,* p. 601; P. COLOMBO, '"Riforma Legale' e 'Potere Costituente' nelle Costituzione Rivoluziona-rie Francesi", in *// Político,* 1985, pp. 461 ss. Cfr. também ZAGREBELSKY, *// sistema costituzionale delle fonti dei diritto,* 1984, p. 99 ss., que refere a características do poder constituinte — extraordinariedade, irrepetibilidade, consumação *uno actu,* não repritisnabilidade.

das características assinaladas ao poder constituinte originário. Acresce que, se o poder constituinte reside sempre na Nação e dada a impossibilidade de a Nação se reunir para criar leis constitucionais, como configurar o exercício do poder constituinte a não ser através de representantes? Esta dupla ordem de considerações — necessidade de inserção do poder constituinte dentro dos esquemas políticos normais e necessidade de o conciliar com o sistema representativo — levou o próprio SIEYÉS à defesa de um *jury constitutionnaire* ao qual competiria modificar o estatuto constitucional[4].

4. A natureza jurídica do poder constituinte

As características assinaladas ao poder constituinte levaram igualmente a *doutrina positivista* à negação do *carácter jurídico* do poder constituinte originário e a reivindicar o manto de juridicidade apenas para o poder constituinte derivado, situado dentro da constituição. Isto obriga-nos a tocar um outro ponto: a *natureza jurídica* ou *de facto* do *poder constituinte* e o problema conexo da teorização jurídica das revoluções.

4.1. *O poder constituinte como puro facto*

Para uma primeira orientação, os movimentos revolucionários e os golpes de estado não se realizam de

acordo com os princípios jurídicos ou regras constitucionais. O poder constituinte cairá nas mãos do mais forte e não será outra coisa senão uma manifestação de força[4a].

A revolução concebe-se como um "facto patológico" [5], como um fenómeno "fora do direito", sendo lógico que todos os factos preparatórios de uma constituinte, as imediatas manifestações do poder

[4] Tal como na formulação da teoria do poder constituinte, também aqui ficaram célebres as palavras de SIÉYES; "// *n 'existe pas de constitution sans garantie; point de garantie sans gardien... Il faut éviter les débordements du pouvoir constituam et le retour périodique des reformes totales".* Cfr., por último, JEAN-DENIS BREDIN, SIÉYES, *La clé de la Révolution française,* Paris, 1988, p. 544.

[4a] Uma exposição clara desta concepção ver-se-á em CARRÉ DE MALBERG, *Con-tribution,* cit., Vol. II, p. 496. Entre nós cfr., por último, MIGUEL GALVÃO TELES, "A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes de Direito", in M. BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal e o Sistema Político e Constitucional,* 1989, p. 575 ss.
[5] Assim, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico,* Milano, 1974, p. 222.

constituinte originário se situam no terreno do pré-jurídico. O direito nasceria em sincronia com a própria constituição.

Esta tese, típica do positivismo[6], ainda hoje tem os seus defensores. O poder constituinte continua a ser visualizado como um acto revolucionário que, criando um novo fundamento legal para o Estado, opera uma ruptura jurídica em relação à situação anterior quando muito, diz-se, o poder constituinte reclamará um *título* de *legitimidade,* mas não a cobertura da *legalidade.* O poder constituinte será legítimo a partir de determinadas ideias políticas, mas não a partir do prisma da legalidade. E a legitimidade de um acto constituinte não é uma qualidade jurídica; é uma *qualidade ideológica* — a sua concordância com determinadas ideias políticas [7].

Esta orientação positivista está há muito rebatida e rebatida foi entre nós em termos impressivos: «... o que impede já hoje, e em geral, que se confunda a juridicidade com a legalidade, o direito com a lei, impõe-se com forte maioria de razão perante uma legalidade emergente do processo revolucionário» [8]. Além disso, uma revolução, no seu triplo papel[9], de legitimação (valor da revolução, como fonte de direito), de interpretação hermenêutica (condição de pré-compreensão das fontes revolucionárias e valor e quadro dos valores dos projectos revolucionários), e de dimensão institutiva (pretensão de validade), aproxima-se funcionalmente de uma "fonte de direito".

4.2. *A juridicidade do poder constituinte originário* [10]

Num sentido diverso se orientam os autores que não aceitam que uma revolução seja, por definição, um simples facto antijurídico. A revolução será um facto antijurídico, ou melhor, *antilegal,* em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derrubada, mas isso não impede a sua classificação como movimento ordenado e regulado pelo próprio direito. Ao estabelecerem uma ordem jurídica

[6] Sobre a formulação da doutrina positivista alemã a propósito da origem revolucionária e da legitimação da Constituição de Weimar, cfr. especialmente THOMAS WÚRTENBERGER Jun., *Die Legitimitàt staatlicher Herrschaft,* Berlin, 1973, p. 253 ss. Por último, cfr. MIGUEL GALVÃO TELLES, "A Revolução Portuguesa", cit., p. 578.
[7] BADURA, "Verfassung", in *Evangelisches Staatslexikon.*
[8] Cfr. CASTANHEIRA NEVES, A *Revolução e o Direito,* cit., p. 222.
[9] Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, "A Revolução Portuguesa", cit., p. 604.
[10] Cfr. BURDEAU, *Traité,* cit. p. 216 e 528 ss; SANTI ROMANO, *Frammenti,* cit., p. 224; BARILE, *Scritti di Diritto Costituzionale,* Padova, 1967, p. 597.

nova, as revoluções não se propõem transformar situações de facto em situações de direito; visam, sim, substituir uma ideia de direito por outra ideia de direito — aquela que informa ou inspira as forças revolucionárias. De acordo com estas premissas — a revolução não rompe com o direito antes transforma a substância do direito [n], certos autores defendem a possibilidade e necessidade de *teorização jurídica das*

revoluções [12] e do poder constituinte originário, considerado como acto revolucionário. Neste sentido se afirma também que o acto revolucionário é uma "fonte de direito" na medida em que traz consigo um projecto a que atribui vinculatividade (que excede o movimento e organização revolucionários) e na medida em que cria órgãos a quem confere o poder de criar direito (MIGUEL GALVÃO TELES).

II — O titular do poder constituinte e o problema da soberania

Ao referirem-se as características clássicas do poder constituinte aludiu-se à sua natureza de poder *inicial,* nele residindo, por excelência, o poder soberano. A questão do titular do poder constituinte originário é indissociável, na prática, da questão do titular da soberania. Soberano é o poder que cria o direito; soberano é o poder que "constitui a constituição"; soberano é titular do poder constituinte. E isto quer quanto ao poder constituinte originário quer tanto ao poder constitutivo derivado [13]. Mas quem é o titular desse poder? Procuremos captar as diversas respostas num sumário enquadramento histórico.

[11] Em sentido próximo das considerações do texto, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 403 ss; e MIGUEL GALVÃO TELES, "A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes de Direito", cit., p. 561 ss.

[12] Cfr. BURDEAU, *Traité,* cit., p. 582 ss; CASTANHEIRA NEVES, ob. cit., p. 10 ss. MIGUEL GALVÃO TELES, "A revolução...", cit., p. 561 ss.
[13] Cfr. K. LÖEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución,* cit., p. 172: "se é possível exprimir o problema da situação do *pouvoir constituam* em forma de máxima, poderia dizer-se: soberano é aquele entre os detentores do poder, que decide sobre a revisão constitucional". Em termos incisivos, cfr., por último, J. ACOSTA SANCHEZ, *Teoria dei Estado y Fuentes de la Constitución,* p. 605: "A chave da teoria da Constituição não é, pois, um binómio, antes assenta numa trilogia: *poder soberano, poder constituinte* e *poderes constituídos".*

1. Teorias contratualistas [14]

Na Idade Média, podemos descortinar duas orientações: uma, que continua a tradição romanística da *Lex Regia* (de acordo com a qual o povo teria transferido todo o seu poder para o imperador) e que faz apelo à soberania popular; outra, que justifica o princípio monárquico e se funda na concepção teocrática do direito divino.

A primeira orientação alicerçava-se, teoricamente, na ideia de um *pactum* entre o senhor e o povo, oscilando as construções doutrinais entre a figura da *translatio* (em virtude da qual se efectuava a transferência do poder para o senhor, tornando-se este *maior populo)* e a figura da *concessio* (de acordo com a qual o povo fazia uma concessão do poder ao senhor, mas não abdicava da titularidade do poder político). Neste último caso, não era o senhor que se tornava *maior populo,* mas era o povo que continuava na posição de *maior príncipe.*

A teoria do direito divino pretende, ao contrário, justificar a existência de um vicário de Deus no plano temporal. Todo o poder vem de Deus (S. Paulo, Epístola aos Romanos: *non est enim potestas nisi a Deo),* sendo o rei titular ilimitado e exclusivo do "poder por graça de Deus".

2. Teorias democráticas [1S]

a) Teoria da soberania nacional

Nos fins do século XVIII, ganham significativa prevalência as teorias favoráveis à soberania do povo. Aqui, é costume distinguir entre *teoria da soberania nacional* e *teoria da soberania popular.* Segundo a teoria da soberania nacional é a Nação, como complexo

[14] Uma exposição das teorias contratualistas ver-se-á em BURDEAU, *Traité,* Vol. IV, cit., p. 47 ss; J. ACOSTA SANCHEZ, *Teoria dei Estado,* cit., p. 368 ss. Aí se discute se a ideia *pactum subjectionis* mediante o qual os governados consentiam na transferência da autoridade política para os governantes é ou não de inspiração democrática. Parece-nos claro o carácter recuado da ideia do

pactum subjectionis perante as teorias (Locke, Grotius, Rousseau) do *pactum societatis* : a teoria do contrato social não se reconduz a um simples esquema contratual de governo, celebrado entre o povo e o senhor, em que o povo negoceia a obediência ao poder; visa, sim, fundar o próprio poder no povo e considerá-lo, para todos os efeitos, como inalienável. Cfr., entre nós, A. M. Hespanha, *História das Instituições,* p. 304 ss, 313 ss.

[15] Uma exposição pormenorizada das teorias da soberania popular e da soberania nacional ver-se-á em Carré de Malberg, *Contribution,* Vol. II, p. 152 ss.

indivisível, que é titular da soberania. Trata-se de uma ideia sucessivamente aceite pelas várias constituições portuguesas: "A soberania reside essencialmente em a Nação" (artigo 26.° da Constituição de 1822); "A soberania reside essencialmente em a Nação da qual emanam todos os poderes políticos" (artigo 33.° da Constituição de 1838); "A soberania reside essencialmente em a Nação" (artigo 5.° da Constituição de 1911); "A soberania reside em a Nação" (artigo 71.° da Constituição de 1933).

b) Teoria da soberania popular

A teoria da soberania popular concebe a titularidade da soberania como pertencendo a todos os componentes do povo, atribuindo a cada cidadão uma parcela de soberania. É uma teoria que se reconduz a Rousseau: "Ora, o soberano, sendo formado somente pelos particulares que o compõem ..." (Livro I, Tit. II, Cap. VII); "Suponhamos que o Estado seja composto por 10 000 cidadãos ... Cada membro do estado só tem, por sua parte, a décima-milésima parte da autoridade soberana ..." (Livro III, Cap. I).

3. A teoria do Estado

A teoria da Nação (teoria tipicamente francesa) distingue-se da doutrina germânica da *soberania do Estado.* Para esta teoria, o povo é apenas um elemento, um órgão do estado (os outros elementos seriam, na conhecida *teoria dos três elementos,* de G. Jellinek, o *poder* e o *território).* Se para a teoria da soberania nacional, o Estado é a forma jurídica da Nação, para o pensamento político alemão o Estado exigem por si mesmo, e revelando-se como uma ordem moral e jurídica objectiva, que não depende nem da vontade dos homens nem do povo. Segundo a teoria da Nação, poder-se-ia dizer que o povo possui o Estado; na teoria do Estado, seria o Estado a possuir o povo [16]. É uma

[16] As diferenças entre a *teoria da Nação e a teoria do Estado* quanto ao problema da soberania são salientadas por H. Quaritsch, *Staat und Souveranitàt,* Frankfurt/M, 1970, p. 471, e G. Leibholz, *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna,* Madrid, 1971, p. 97 ss. Para uma crítica das doutrinas que configuram o povo como "órgão" de Estado cfr. Crisafuixi, "La sovranità popolare nella costitu-zione italiana", in *Studi in onore de V. E. Orlando,* Padova, 1955 (= Crisafulli, *Stato, Popolo, Governo,* Milano, 1985, p. 94 ss). Sobre os problemas da construção teorética do Estado, veja-se, por último, P. Pernthaler, *Allgemeiner Staatslehre und Verfassungslehre,* 1986.

teoria tributária, em grande medida, do idealismo objectivo hegeliano. Aqui o Estado adquiria independência e personalidade próprias, onde, subordinadamente, se considerava enquadrado o próprio povo. Isto foi notado por Marx: "Não é o povo alemão que possui o Estado, mas o Estado que possui o povo" [n].

4. Teoria da soberania popular e constituição real

As teorias da Nação e do Estado e, até, da soberania popular, na sua veste rousseuniana, dificilmente poderiam adequar-se às ideias subjacentes à noção de *constituição real* ou de constituição material. O sujeito da constituição real e, consequentemente, do poder constituinte, são as forças políticas dominantes numa sociedade. O *povo* não seria uma pura justaposição de indivíduos ou um corpo socialmente homogéneo mas uma estrutura socialmente plural e heterogénea. Atrás do conceito de povo como massa única e homogénea, ocultar-se-iam determinadas classes, política e economicamente dominantes. Nesta perspectiva — que é uma perspectiva típica das corrententes marxizantes e de algumas teorias sociológicas —, o

[17] A teoria do Estado continuou a influenciar a doutrina publicística muito para além do idealismo hegeliano. E, no caso concreto, da inserção do povo no Estado, com consequências nefastas. ROUSSEAU havia proposto no *Contrato Social* que antes de se "examinar o acto pelo qual um povo é um povo; porque este acto, sendo necessariamente anterior a outro, é o verdadeiro fundamento da sociedade" (Cfr. *Contrato Social,* Livro I, Cap. V). Ora, ao contrário da proposta de Rousseau, *a teoria do Estado* , ou melhor, a *teoria jurídica do Estado* no seu zénite positivista-normativista (KELSEN), acabaria por reduzir o povo soberano a um elemento do Estado. Na *Teoria Geral do Direito e do Estado,* KELSEN, num parágrafo sugestivamente intitulado "

O povo do Estado", "juridifica" o povo a ponto de o considerar simplesmente um sistema de actos individuais, determinados pela ordenação jurídica do Estado". Cremos que desta "redução jurídica de povo" padece o trabalho de JORGE MIRANDA, "Sobre a Noção de Povo em Direito Constitucional", in *Estudos de Direito Público em honra do Professor Marcello Caetano,* Lisboa, 1973, p. 205 ss: "Pois o povo não pode conceber-se senão como realidade jurídica ..." (p. 209); "o povo só existe através do Estado..." (p. 210); idem, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo III, p. 44, embora aqui se desenvolva também a ideia do "povo como substrato humano do Estado". Distinguindo entre "Povo" *("Volk"), "Nation"* (Nação) e "Povo do Estado" *(Staatsvolk),* e definindo, juridicamente, o "povo do Estado" como a "globalidade de cidadãos" ou de "homens" sujeitos a um poder estatal, cfr. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre,* 1988, p. 69; R. GRAWERT, "Staatsvolk und Staatsangehõrigkeit", in ISENSEE / KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts,* Vol. I, p. 667. No sentido do texto cfr., por exemplo, PEDRO VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática dei Poder Constituyente,* p. 111.

titular do poder constituinte não seria o povo *tout court,* mas as *forças políticas dominantes,* isto é, as classes dominantes, definidas ao nível económico da sua relação de propriedade com os meios de produção.

Para os autores adeptos de uma noção de constituição material, as forças políticas dominantes poderão não ser definidas pelo seu estatuto económico. O "sujeito" do poder constituinte encontrar-se-ia nos grupos mais ou menos amplos da população, cujas orientações reflectem e são expressão de uma determinada estrutura e distribuição de forças e interesses. Esta estrutura "pluriclassista" (Giannini) não se coaduna com a ideia de um poder constituinte pertencente ao povo ou à nação como entidades indiferenciadas [18].

5. Soberania popular na Constituição Portuguesa de 1976

Diversamente das constituições anteriores fiéis à ideia de *soberania nacional,* a Constituição de 76 contém fórmulas substancialmente inovadoras. Logo no artigo 1.° fala de "República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na *vontade popular* ..."; no artigo 2.° considera-se a República Portuguesa um Estado Democrático, baseado na *soberania popular* "tendente ao aprofundamento da democracia participativa"; no artigo 3.° proclama-se que a "soberania, una e indivisível, reside no povo"; nos artigos 10.71 e 111.⁰ estatuiu--se que o "poder político pertence ao povo e é exercido nas formas previstas na Constituição". A conjugação de todos estes preceitos permite extrair os seguintes ensinamentos.

a) Superação do conceito liberal de Nação

Não se retoma o conceito liberal de Nação, considerada como unidade espiritual e abstracta, titular da soberania. Quando, no artigo 11.°, se fala de "Bandeira Nacional" e de "Hino Nacional", o adjectivo *nacional* aponta para o conceito de *Nação* como sinónimo de povo "fomado e determinado historicamente", isto é, "portador de historicidade existencial". É o célebre conceito de Renan *(Uexistence d'une nation est un plebiscite de tous les jours)* ou de Disrael *("The*

[18] Uma "pontualização" dos temas do povo e da nação ver-se-á G. Guarino, *Lezioni di Diritto Pubblico,* Milano, 1967, Vol. I., p. 51 ss, e em Leibholz, *Conceptos Fundamentales de la política de la Constitución,* Madrid, 1964, p. 203 ss; R. Grawert, "Staatsvolk und Staatsangehõrigkeit", cit., p. 666. Entre nós, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* Tomo III, p. 42 ss.

Nation is a work of art and time"). É também uma sugestão para a ideia de Estado nacional como correspondência entre organização do Estado e comunidade nacional (ideologia particularmente significativa nos períodos de unificação). Não há, porém, qualquer conotação de nacionalismo transcendental e irracional.

b) Rejeição de concepções irracionalistas de povo

Repudiou-se qualquer noção mística de povo no sentido de "unidade política ideal", "totalidade política" ou ainda "unidade político-ideológica". Muito menos se aceitou uma compreensão de "povo português", no sentido biológico ou racial. Como corolário desta rejeição, assinale-se a inadmissibilidade de um pretenso espírito popular *(Volksgeist)* revelado, defendido ou imposto pelos intérpretes desse mesmo espírito (chefes, elites, classes, partido)[19].

c) Conceito jurídico-constitucional de povo

Jurídico-constitucionalmente o conceito de *povo* revela-se como um conjunto de indivíduos concretamente existentes e operantes no território português e/ou ligados à república sobretudo pelo

status de cidadania. Este povo que participa activa e directamente na vida política (artigo 112.°) aproxima-se do conceito de povo como o conjunto de cidadãos portugueses e, de uma forma mais restrita, da ideia de povo presente, de modo real, nos actos de afirmação do poder político.

No texto originário da Constituição existiam matizes classistas (no sentido marxista) na definição do conceito de povo. Embora se não restringisse o conceito de povo ao núcleo marxista de "classes e fracções de classe capazes de levar a revolução até ao fim", a Constituição considerava o Estado Democrático numa perspectiva de "transição para o socialismo" (artigo 2.°), acentuando as nacionalizações como conquistas irreversíveis das "classes trabalhadoras" (artigo 83.°) e a "intervenção democrática dos trabalhadores" (artigo 90.71/2), como condição de desenvolvimento da propriedade social. A índole classista do preceito ficou bem vincada nos trabalhos da Assembleia Constituinte, onde expressamente se rejeitou uma proposta no sentido de substituir "classes trabalhadoras" por "trabalhadores". Cfr. Diário da Assembleia Constituinte, n.os 21, 25, 26, 27 e 28, p. 600 ss. A LC n.° 1/82 (Lei da l.ª Revisão Constitucional) atenuara já, porém, substancialmente, algumas dimensões classistas do texto originário. Cfr., por exemplo, artigos 2.°, 9.°, 54.°, 55.°, 57.°, 74.°, na versão primitiva e na redação que lhe foi dada pela LC n.° 1/82. Sobre o sentido da soberania popular na Constituição de 1976, cfr., logo, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976,* cit., p. 376 ss. Embora o Estado português não seja um
[19] Cfr. CERRONI, *La libertad de los modernos,* cit., p. 201 ss.

Estado classista, parece-nos questionável a conclusão deste autor ao afirmar que a soberania popular de que trata o artigo *2°* equivale exactamente à "soberania nacional" vinda da Revolução Francesa. Mesmo sem matizes classistas, a dimensão participativa aponta para uma noção bem diferente da "mística" soberania nacional. Vide, sobre isto, MORTATI, in *Commentario delia Costituzione,* dir., de G. BRANCA, Bolonha, Roma, 1975, anotação ao artigo 1. O conceito restritivo de povo detectava-se já na doutrina jacobina. Cfr. BENOIT, *Les idéologies politi-ques modernes,* p. 50 ss. Depois da revisão constitucional de 1989 (Lei n.° 1/89), subsiste a dimensão participativa do povo, mas desaparecem as insinuações textuais ideologicamente situadas.

Nação e Estado como agentes de mediação e instrumentos de simbolização

Estudada a evolução dos conceitos de "soberania nacional", de "soberania popular" e de "soberania estadual", cabe perguntar qual o sentido, hoje, no plano político-constitucional dos conceitos de *Estado* e de *Nação.* A resposta vai partir destas duas ideias: (1) Nação e Estado continuam a ser *elementos de simbolização;* (2) Nação e Estado permanecem como *agentes de mediação* da sociedade.

a) *Nação e Estado como elementos de simbolização*

Recorde-se o *modus faciendi* da operação de simbolização através dos conceitos liberais de povo e de nação. Quer se visualize a questão sob o prisma da "teoria da soberaria nacional" (SIEYÉS) quer sob o ângulo da "teoria da soberania popular" (ROUSSEAU), a nação é o símbolo da unidade nacional, o catalisador da integração social, o detentor da soberania. A primeira (teoria da soberania nacional) efectuava a operação de simbolização da unidade através do conceito de *nação* entendida como dado objectivo e natural, distinto dos indivíduos que a compõem e superior a eles; a segunda (teoria da soberania popular) procede à mesma operação, mas mediante um processo activo, dinâmico e participativo do *povo,* concebido como adição de vontades individuais detentoras de uma parcela de soberania.

Hoje, no plano político-constitucional, a nação terá valor como elemento simbólico de unidade, não no sentido de uma entidade mística, transpessoal e integrativa de todos os membros do corpo social, mas no sentido de República como "operador de solidariedades concretas" entre os homens. Estas solidariedades são resultantes de uma série de dados sociológicos e psico-sociológicos (língua, raça, terri-tório, religião, modos de produção, tradições, cultura, identidade de aspirações).

Por sua vez, o Estado deixa de ser considerado como "encarnação de qualquer espírito objectivo" ou como sujeito superior, transcendente e pré-existente aos cidadãos, para se assumir como um *princípio de ordenação* e de organização da colectividade nacional (cfr. *supra,* cap. 2). A operação de simbolização através do Estado consiste, assim, na transformação do Estado em significante ou projecção da Nação, à qual acrescenta a referência da legitimidade de coerção e do poder normativo que o constituem em

suporte abstracto do poder.

b) *Estado e Nação como elementos de mediação legitimadora*

A sociedade não tem uma unidade constitutiva e original. Ela é dominada por conflitos, antagonismos, oposições, divergências; nela existem relações desigualitárias e espaços de poder (político, económico, religioso). Neste aspecto, permanecem válidas as observações da doutrina marxista e da doutrina da constituição material quanto à dinâmica da constituição real. Nem por isso, as ideias de Nação e Estado deixam de ter significado. A Nação não é hoje, como o era na altura da revolução burguesa, o instrumento de totalização da classe burguesa. A nação é um *elemento mediador* das relações governantes/governados, permitindo construir a ideia de representação legítima.

Os governantes aparecem como portadores da vontade dos governados unidos pela pertença a uma mesma comunidade social. O Estado, esse, situa-se, na cadeia das significações simbólicas, na posição de detentor do "poder legítimo de coerção", mas através da *mediação* da Nação. O desdobramento de sociedade/Nação e Nação/Estado permite, por um lado, afirmar a existência de diversidades sociais e o carácter derivado do poder estadual; por outro lado, é através da Nação que os antagonismos pre-existentes se reduzem e o Estado encontra o seu título de legitimidade[20].

C | *O PROBLEMA DA METÓDICA CONSTITUINTE* 1. Poder constituinte material e poder constituinte formal

Interessa fazer uma distinção de primacial importância para a problemática do poder constituinte relacionada com as ideias de

[20] Cfr., precisamente, J. CHEVALIER, "L'État-Nation", in *RDSP,* 1980, p. 1271 ss.

poder constituinte material e de *poder constituinte formal* . Este último, desde o início identificado com o problema da soberania e insusceptível de qualquer fundamentação lógica ou jurídica, traduz-se no poder de criação originária de um "complexo normativo" ao qual se atribui a força de constituição. A competência originária do povo ou da nação para determinar este *processo* de criação constitucional é o que, rigorosamente, se poderá chamar *poder constituinte formal.* Por *poder constituinte material* entende-se o poder de *qualificar* como direito constitucional formal determinadas matérias e princípios.

2. Reserva de constituição

O poder constituinte material associa-se a um problema de metódica constitucional importante — o da *reserva de constituição.* Quais as matérias que devem ser inseridas no texto da constituição? Há ou não liberdade de conformação do poder constituinte no sentido de ele poder incorporar livremente no texto da constituição determinadas matérias e deixar fora outras? Em termos tendenciais, existirão quaisquer critérios orientadores da operação de "qualificação", pelo poder constituinte, de certos "assuntos" ou "matérias" como conteúdo necessário da Constituição? Em suma: como saber se um conteúdo é *digno ou não de ser* constitucional?

A resposta a estas perguntas deve ter em conta várias dimensões. A primeira é esta: as constituições são conjuntos estraturantes/estrutu-rados abertos à *evolução* (B. O. BRYDE fala de "desenvolvimento constitucional" — *Verfassungsentwicklung).* As características dinâmicas do mundo, e, sobretudo da realidade constitucional, não suportam as ideias da vida "sempre igual", da "constitucionalização de matérias imutáveis", da "identidade inalterável do conteúdo da constituição". Neste sentido se afirma não existir uma "reserva de constituição", entendida como núcleo duro de matérias necessariamente presentes em

qualquer pacto fundador. Todavia — e esta é a segunda ideia fundamental —, a introdução da ideia de mutabilidade de conteúdos não significa que não se deva procurar, reflexivamente, um mínimo de conteúdo constitucional, isto é, uma determinada *identidade constitucional*[21] capaz de corresponder às "expectativas de prestação" que os

[21] Cfr., em termos não idênticos, P. KIRCHHOF, "Die Identitat der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", in ISENSEE / KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts,*

homens anseiam ver num contrato fundacional, designadamente nos planos da segurança individual e de orientação colectiva. O trinómio *identidade!evolução!adaptação* entende-se, assim, como "compromisso pleno de sentido entre a estabilidade e dinamicidade das normas constitucionais[22].

As experiências constitucionais apontam já para alguns "referentes" decisivos destas "expectativas de prestação" da constituição: elas devem "identificar" a posição do homem no mundo estruturante / / estruturado da ordem constitucional, o que significa a "quase obrigatoriedade" de plasmar um catálogo de direitos fundamentais (cfr. artigo 16.° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Por outro lado, não se compreenderia a "estruturação do político" através da constituição sem identificação dos órgãos "do poder político que, em conjunto, desempenham funções soberanas e dispõem da coacção física legítima" (organização do poder político). Para além destes pontos "fixos", situa-se toda a problemática da "constituição--programa" e da "constituição-processo" a que atrás se aludiu.

3. Programa fim e programa condicional

Diferente do problema da "reserva de constituição" é o problema da formulação jurídica dessas expectativas. Consoante os destinatários, os domínios materiais e os âmbitos temporais, as expectativas normativas podem referir-se a valores, programas, funções e pessoas. A formulação normativa de expectativas referentes a pessoas e funções também recorre, no âmbito constitucional, à tradicional técnica dos *programas condicionais:* especificam-se as condições cuja existência é necessária para se poder adoptar um comportamento pré--fixado (vide, por exemplo, as normas da CRP — artigo 27.73 — fixadoras das condições de privação da liberdade).

A normação jurídica de expectativas quanto a valores e programas faz-se, sobretudo, através das normas-fim e das normas-tarefa *(programas-fim),* em que se prescrevem os fins a "alcançar", as "tarefas" a realizar ou os "valores" a respeitar (cfr., por exemplo, as normas da CRP definidoras do Estado

Vol. II, p. 788. Recorrendo também à ideia de "desenvolvimento constitucional" como "constância do 'questionamento' e do 'movimento' constitucional na vida portuguesa", cfr. LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976,* p. 127 ss.
[22] Cfr. B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung,* 1982, p. 62; CH. GUSY, *"Verfas-sungspolitik" zwischen Verfassungsinterpretation undRechtspolitik,* 1983.

de Direito Democrático no artigo 2.°, das tarefas fundamentais do Estado no artigo 9.°, das incumbências prioritárias do Estado no artigo 81.°). Não obstante a crítica que esta distinção — programas condicionais e programas-fins — tem merecido [23], muito autores, a começar por KELSEN e a terminar em LUHMANN, revelam cepticismo quanto à bondade das normas-fim, não só porque elas condensam, muitas vezes, programas ideológicos, mas também porque são de difícil aplicação prática, diminuindo, por conseguinte, a força normativa da constituição. Para outros, porém, as normas-programa revelam os "conteúdos justos" das constituições, afirmando-se como um importante elemento de legitimidade das mesmas.

Consoante uma ou outra posição — relacionada com a própria concepção de constituição — , assim se propenderá a defender a sua "presença" ou "ausência" no texto constitucional[24].

4. Conteúdo essencial e desenvolvimento constitucional

Das considerações antecedentes deduz-se já ser muito complexa a questão de saber o que é o "conteúdo essencial" de uma constituição. Discutir se uma constituição deve ser "longa" ou "breve" é quase um verdadeiro *non sense,* pois do que se trata sempre é de saber como captar o referido compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional (BRYDE).

Por um lado, o *desenvolvimento constitucional* pressupõe núcleos materiais essenciais alicerçados sobre consensos (normativos) em torno de um concentrado de "valores e princípios fundamentais" (limitação jurídica do poder, liberdade e autodeterminação do indivíduo, socialidade, organização do poder político, princípios estruturais). Por outro lado, o "núcleo essencial" não deve ser retrospectivamente (a partir de arquétipos do passado) entendido: a constituição é também tarefa de renovação; não é o passado mas o futuro o "problema" do direito constitucional (P. KIRCHHOF). Assim, não se compreenderia que, perante os problemas

[23] Quanto à distinção, veja-se LUHMANN, *Rechtssoziologie,* p. 80 ss; *Gesellschaftsstruktur und Semantik,* Vol. 2, 1981, p. 42 ss. Vide, com modificações, W. SCHMIDT, *Einfiihrung in die Probleme des Verwaltungsrechts,* 1982, p. 47 ss.
[24] Realçando bem que na ligação entre o domínio político e as normas definidoras das dimensões sociais e das condições de sentido da existência individual reside um elemento essencial da legitimidade da lei constitucional cfr. BADURA, *Staatsrecht,* 1986, A, 7.

ecológicos, sugestivamente designados como problemas do "acaso e ocaso" da civilização moderna, o legislador constituinte não tivesse nada a dizer quanto ao ambiente e qualidade de vida. Da mesma forma, perante a tentacularidade agressiva dos registos informáticos, mau seria que na feitura ou reforma de uma constituição não fosse tomado em conta o "direito da autodeterminação informativa" do cidadão, progressivamente armazenado nas "memórias" de G. Orwell. Na mesma perspectiva, num "mundo consumista e de consumidores" seria estranha a completa ausência de sugestões quanto ao problema dos direitos dos consumidores e da publicidade.

Em termos metódicos, dir-se-á que a "reserva de constituição" e o "conteúdo essencial da constituição" são *tópoi* que pretendem estabelecer, tendencialmente, a articulação de uma "estrutura constitucional aberta" com os fins normativos inerentes ao pacto fundador de uma comunidade (MÚLLER).

D I *O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO*

A constituição a criar por um poder constituinte deve transportar uma "reserva de justiça", ou seja, as normas e princípios constitucionais não se devem esgotar na sua positividade antes devem aspirar a ser "direito justo" (LARENZ). Por outras palavras: para uma constituição se considerar materialmente fundada não lhe basta a simples cobertura da legalidade formal, tem de ser *intrinsecamente válida.* Ainda noutros termos: a constituição não se basta com o manto da legalidade; exige ou postula a dimensão mais profunda da legitimidade. Daí o problema: como deve actuar o poder constituinte para introduzir no texto constitucional soluções materialmente justas e como se pode controlar a "maldade" ou "bondade" intrínseca da constituição?

I — A constituição como "reserva de justiça"

O problema da legitimidade da constituição parece retomar hoje redobrada importância se tivermos em conta três "motes" do direito público actual:

(1) — a perda da crença, nas chamadas "sociedades abertas pluriclassistas", em mundividências, ideologias ou religiões,nem sequer principalmente a respeito do título, mas quanto aos fins, aspirações ou

valores prosseguidos pelos poderes [27].

3. Fundamentação objectivo-valorativa da legitimidade

O problema do fundamento de validade de uma constituição (= problema de legitimidade) tem sido prevalentemente respondido com base numa *teoria dos valores* : todo o direito é, na sua essência, a realização de certos princípios de valor; baseia-se num conjunto de valores fundamentais, residindo a "medida" destes valores na consciência jurídica de uma comunidade juridicamente regulada (TRIEPEL). O princípio objectivo fundamental da consciência jurídica seria, nesta perspectiva, a "ideia de direito".

Esta teoria da legitimidade chama-se, desde a época de Weimar, *teoria científico-espiritual da legitimidade* porque: (a) o direito constitucional significa a positivação de uma legitimidade valorativo-espiritual (SMEND); (b) diferentemente do formalismo jurídico (típico de dogmática civilista) e do "positivismo do poder" (na sua orientação histórico-sociológica), ela considera que só a validade intrínseca, isto é, o conteúdo de valor ideal corporizado na constituição, merecedor do reconhecimento e convicção por parte da colectividade, pode constituir o critério válido da legitimidade constitucional. Trata-se de um *critério de legitimidade material,* pois:

(1) contra o positivismo jurídico, intrinsecamente vazio ou valorativa-mente neutral, e

(2) contra o realismo do poder (para quem o direito vale apenas como um sistema de legalidade funcionalística ou como simples expressão das relações de força reais), esta teoria insiste na ideia de que só o reconhecimento da validade jurídica do texto constitucional assente na livre convicção da colectividade sobre a sua consonância com os valores jurídicos, pode legitimar, no plano material, qualquer constituição.

III — A legitimidade numa sociedade aberta pluri-classista

1. Legitimidade através de competências e procedimentos

Nos debates mais recentes, a teoria da legitimidade científico--espiritual tem sido acusada de estar ligada a uma *ordem dos valores,*

[27] Cfr. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre,* 10.ª ed., p. 197 ss.

que corre sempre o risco de ser, de forma expressa ou de modo enca-puçado, uma ordem "fechada" e "totalizante" de alguns valores, heterónoma e autoritativamente impostos como a "verdade" ou a "justiça" do "mundo dos homens". Daí a proposta actual da *legitimidade através de competências e procedimentos.*

Em vez de se insistir na legitimidade através da "verdade" ou dos "valores", sempre susceptíveis de se tornarem integracionistas e totalizantes, e, ao mesmo tempo, de sofrerem erosão progressiva quanto à sua credibilidade, a legitimidade deve resultar das competências de decisão e do procedimento.

As linhas ou padrões de conduta incorporadas numa constituição não são "aceites" por serem intrinsecamente justas; elas são aceites como "legítimas" porque são o resultado de um poder constituinte e de um procedimento constituinte inerentes a um "sistema jurídico" funcionalmente ordenado.

É uma resposta insatisfatória, pois não só recupera as teses positivistas — a legitimidade deriva do "sistema", regular e funcionalmente ordenado, — como enfatiza a discussão procedimental, pois basta o procedimento ser "regular" (legal) para o resultado ser justo infra-valorando as dimensões materiais. A

"legitimidade" derivaria, hoje, da "sistematicidade", tal como outrora derivava da legalidade.

As consequências seriam, tendencialmente, as mesmas: a aceitação de decisões "sistemicamente conformes" (="em conformidade com o sistema") procurar-se-ia na capacidade funcional do mesmo sistema. Em termos práticos e possivelmente mais inteligíveis: uma constituição teria legitimidade quando, independentemente do seu conteúdo, fosse "decidida" ou "produzida" por um poder escolhido através de um procedimento funcionalmente ordenado (exemplo: assembleia constituinte baseada no sufrágio eleitoral) que, por sua vez, actuou de acordo com regras procedimentais estabelecidas *à priori* (ex: de acordo com um regimento de assembleia previamente elaborado).

A dimensão procedimental da legitimidade é um factor importante para se aquilatar da bondade de uma lei fundamental. Esta ideia de um *due process* é, de resto, cada vez mais importante num mundo de *complexidade* crescente que carece de estruturas, de competências e de procedimentos para reduzir essa complexidade e assegurar uma ordem social vinculativamente ordenada.

Todavia, não se asseguram decisões informadas por critérios de justiça material só pelo facto de essas decisões terem observado determinados princípios de "justiça procedimental" *(Verfahrengerechtigkeit),* desde logo porque o próprio procedimento não é um fim em si mesmo, antes desempenha a tarefa autoritativamente heterónomas;

(2) — as tendências para a "crise de legitimação";

(3) — a responsabilidade do direito constitucional na sua qualidade de "reserva de justiça".
A "medida de justiça" para a ordenação da vida comunitária andou ancorada, durante longos séculos, a "padrões de conduta" e de orientação heterónomos (religiões, cosmovisões, ideologias) e preexistentes. Estes "padrões de conduta", transformados, muitas vezes, em "verdades" e "regras fundamentalistas" ou em "leis da história", revelam-se hoje premissas claudicantes num mundo plural, anti-totalizante, anti-iluminista.

As "tendências para a crise de legitimação" [25] (Habermas) revelam que as "crises políticas" são muitas vezes "crises do sistema": crise económica e crise de racionalidade, afectando a função administrativa e redistributiva, crise de identidade no plano sócio-cultural e crise de legitimação, pondo em causa as "fontes morais" de que o Estado necessita para ter um "suporte" ou "apoio" dos cidadãos.

A responsabilidade do direito constitucional, e, sobretudo da constituição, como reserva de justiça, radica no facto de no "direito legal" (ou em algum direito legal) se verificar uma tendência para a "standardização" e "tecnicização" das normas (pense-se no direito urbanístico, no direito estradai, no direito de seguros) com a consequente subvaloração, por parte dos cidadãos e dos órgãos aplicadores, do conteúdo "justo" das mesmas. A "routinização" [26] da aplicação do direito desloca, progressivamente, o controlo do conteúdo das normas jurídicas para o plano constitucional, tornando a constituição numa "reserva de justiça" (é constitucional a utilização do "radar" para controlo da velocidade dos veículos?; é constitucional o "teste de alcoolé-mia" para controlo dos condutores?; é constitucional a distinção entre marido e mulher para efeitos de montantes de pensões?)

II — O problema da legitimidade da constituição

Considerar a constituição como "reserva de justiça implica, porém, que também relativamente a ela se coloque o problema do

[25] Tomaremos, como "intertexto", Habermas *(Raison et légitimité,* Paris, 1978; *Legitimationsproblem im Spätskapitalismus,* Frankfurt/M, 1973; *Zur Rekonstruktion der Historischen Materialismus,* Frankfurt/M, 1976), mas as considerações do texto

inserem-se num "contexto" mais amplo, que abrange a "crise do sistema socialista".

[26] Cfr. MORLOCK, *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfas-sungstheorie,* 1988, p. 93.

fundamento da sua "justiça". As variantes positivistas são insuficientes. A constituição não é (apenas) uma "resultante" de "relações de poder" e de interesses e da pressão de forças sociais, pois embora estes factores não sejam de despicienda importância no plano da "constituição material" e no momento do impulso constituinte (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 2.° sobre domínio e poder), eles não respondem à questão de saber se houve uma "ordenação justa desses interesses".

A constituição não se legitima através da legalidade, pois não é pelo simples facto de se considerar a lei constitucional como produto da vontade de um "legislador constituinte" legalmente instituído que deixa de colocar-se com acuidade a "justificação" moral desse produto.

1. Legitimidade da constituição

Modernamente, a ideia de legitimidade voltou a agitar-se quando se procurou fundamentar a validade de uma constituição em termos que não se reconduzissem nem às ideias do *legitimismo* dinástico nem à ideia de "legitimidade legal" (isto é, validade = positividade legal). A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico.

Desta forma, a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de "valores jurídicos". O critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as "ideias de justiça" radicadas na comunidade. *Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (HABERMAS) e a convicção, por parte da colectividade, da sua "bondade intrínseca".*

2. Concepção tradicional de legitimidade

Na sua acepção tradicional, legitimidade de um poder ou de uma organização política significava fundamentalmente o seguinte:

(1) *legitimidade do título* (legitimidade *ex parte tituli*) quando as pessoas ou órgãos do poder (soberano, governo, parlamento) dispunham de um "justo título" (sucessão, nomeação, eleição) baseado em costumes e princípios comummente aceites;

(2) *legitimidade intrínseca* quando estava em causa a natureza "justa" ou "injusta" do poder, não só ou de abrir o caminho para soluções intrinsecamente justas. Regressa-se, pois, ao problema: o que é uma "constituição justa"? [28]

2. Legitimidade através do consenso

Uma outra proposta para solucionar o problema da legitimidade da sociedade aberta radicaria num "diálogo livre de domínio de todos com todos" (HABERMAS). Associar-se-iam aqui duas ideias tradicionais da filosofia política: (1) a ideia de *autonomia* (de inspiração kantiana), ou seja, qualquer indivíduo é uma instância moral igual à dos outros; (2) a ideia de *democracia* (de inspiração rousseauniana), dado que é a "vontade de todos" a decidir sobre os fins políticos da sociedade. Desta forma, a consciência individual é a última "fonte" para aferir da "justiça" dos actos e decisões; o "contrato" dos cidadãos é a única possibilidade de se superar a subjectividade individual e chegar a uma consensualidade informada pelos

princípios de justiça. Eis aqui o *leit motiv* da *legitimidade pelo consenso:* a partir da autodeterminação ética do indivíduo chega-se à autodeterminação política democrática. O "justo constitucional" assentaria no contrato ou consenso dos indivíduos sobre os princípios ou estruturas básicas da justiça da comunidade.
Se, na construção anterior, a "justiça da constituição" radicava na "justiça do procedimento", agora assenta na justiça do contrato social *(Vertragsgerechtigkeit).* Como ideia regulativa, a "justiça contratual" fornece uma explicação razoável quanto à *presunção de justiça ou de legitimidade* de uma constituição concreta em que todos os cidadãos livres e iguais puderam (pelo menos teoricamente) participar. Todavia, o "consenso fundamental" é sempre uma *presunção de legitimidade;* não explica a própria justiça intrínseca da constituição. E também não pode explicar a vinculatividade do contrato social para todos os cidadãos, a partir da sua própria validade material (continuarão a existir minorias, opiniões e valores divergentes, etc). A ideia do contrato tem, porém, operacionalidade para, sob o ponto de vista teórico, explicar três dimensões da *justiça contratual constitucional (Verfassungsvertragsgerechtigkeit):* (1) a ideia de auto-limitação do poder constituinte; (2) a ideia do contrato constitucional como um "processo de cidadãos contratantes, permanentemente renovado" (revisão da constituição); (3) a ideia de que, embora o contrato seja

[28] O discurso do texto tem, sobretudo, presente a obra de N. LUHMANN, *Legiti-mation durch Verfahren,* 1969 (existe tradução espanhola).

uma *ficção* ele é *necessário* para fornecer um nível de justificação aos compomissos *reais* assumidos pelos "actores constituintes", sem se recorrer a "valores" ideologicamente encapuçados (H. GOERLICH) OU a entidades divinas (Deus) erguidas a instâncias normativas supremas (H. HOFMANN).

Dispensamo-nos de sobrecarregar o texto com incursões nos debates teoréticos actuais em torno do contratualismo e neo-contratualismo. Mas a leitura dos autores envolvidos no "renascimento" do contratualismo é fascinante (cfr., por exemplo, J. RAWLS , *Theory of Justice,* London). Os esforços de fundamentação contratual da ética política encontram também eco no pensamento da "comunidade de comunicação ideal" (fundamental: K. O. APEL, *Transfor-mation der Philosophie,* Vol. 2, 1973, p. 423 ss), na teoria da "comunicação livre de domínio" (fundamental: J. HABERMAS, *Vorstudien und Ergãnzungen zu einer Theorie des Kommunikativen Handelns,* 1984, p. 174 ss) e na tentativa de uma "ética construtivista através de verificação interpessoal" (KAMLAH / LORENZEN, *Logische Propàdeutik,* 2.ª ed., 1973, p. 117 ss). No plano histórico-constitucio-nal, cfr. em ACOSTA SANCHEZ, *Teoria dei Estado,* cit., p. 129 ss, a génese da articulação das ideias contratualistas com a ideia de constituição.

IV — Os limites do poder constituinte

1. Os dados sociológicos, antropológicos e culturais

A teoria de SIEYES sobre o carácter omnipotente e incondicio-nado do poder constituinte merece hoje grandes reticências sob vários pontos de vista. A ideia do "soberano" (povo) deve articular-se com a ideia, atrás referida, do procedimento constituinte como um compromisso, constituído por elementos contratuais *reais* (grupos políticos, religiosos, económicos, sociais) e por elementos contratuais *fictícios* (contrato de uma geração vinculante de gerações futuras).

a) *Dados "reais " e "naturais "*

O consenso fundamental contratualmente estabelecido não pode, em primeiro lugar, ignorar o condicionamento do conteúdo das normas jurídicas pelos dados "reais" e "naturais" de uma comunidade. Um acto constituinte não é um "estampido isolado no tempo" nem uma criação do direito a partir do nada. Como logo salientou Montes-quieu *(Esprit des Lois,* I, 1 e 3), as leis (naturalmente, também as leis constitucionais) são *"rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses",* ou seja, estão condicionadas por dados naturais, económi-

cos, culturais ("natureza das coisas", *"Natur der Sache", "Natura-lien", "Realien").*

b) *Dado antropológico*

Se se desejar a revelação, reconhecimento e observância do imperativo categórico-colectivo da *legitimidade* da constituição no sentido do "justo materialmente aceite", então o poder constituinte não pode impor decisões intrinsecamente vazias ou *"diktats"* volun-taristas-criacionistas próprios de uma "terra de ninguém". Desde logo, ele tem de ter em conta o *dado antropológico,* ou seja, o homem, as suas disposições de comportamento, as suas motivações fragmentárias, os seus programas biológicos, as suas mundividências e cosmo-visões. Os *padrões de comportamento,* culturalmente condicionados, têm influência na determinação da "reserva de constituição" (quais as questões que devem ser resolvidas através de "normas superiores"?) e na densificação intrínseca das normas constitucionais (exemplo: nos quadrantes culturais e antropológicos portugueses o poder constituinte não poderia "reconhecer" a poligamia como base da família).

c) *Dados institucionais*

Um horizonte de sentido é também fornecido ao poder constituinte pelos *institutos e instituições* sociologicamente enraizados, mas transportadores de ideias regulativas de relações sociais (família, propriedade, autonomia local, autonomia universitária).

d) *Imagens do homem*

Antropologicamente importante revela-se a própria *imagem do homem,* com os seus fim, as suas necessidades, os seus ideias (exs: a ideia de homem com os seus direitos inalienáveis, a antropologia optimista confiante na razão e capacidade do homem e das suas leis para "transformar", "construir" ou "reconstruir" o mundo; a antropologia pessimista com as ideias de "ordem", "poder, "egoísmo").

e) *Fins da comunidade*

Os *"fins supremos"* de uma comunidade exercem, de igual modo, influência na modelação constituinte de uma "norma das normas" como é a constituição (exs: o fim de uma comunidade é o bem estar individual dos seus membros? é a garantia do poder nacional do

Estado ou da raça? é o desenvolvimento de valores culturais e comunitários?).

f) *Sentimento jurídico*

Em todas as comunidades existe, difuso ou expresso, profundo ou superficial, um determinado *sentimento jurídico (Rechtsgefuhl),* um autónomo e pessoal "considerar justo ou injusto", "ser direito ou não ser direito" que é comungado pela maioria dos membros da comunidade e influencia a resposta normativa do poder constituinte ao fixar os padrões básicos de justiça de uma ordem juridicamente organizada (ex: a pena de morte é "contra" o sentimento jurídico do povo português; o racismo não está em sintonia com o sentimento jurídico consensualmente prevalecente na sociedade portuguesa).

g) *Experiência de valores*

Neste complexo processo de positivação constituinte nunca é demais pôr em relevo a dimensão constitutiva da *experiência dos valores.* Não se trata de escolher aprioristicamente valores e isolá-los num "reino de valores", mas de afirmar a intima conexão do sentimento jurídico com certos valores (realizados ou não) como, por exemplo, o valor da liberdade, da igualdade, da paz, da confiança, da segurança, da ecologia.

2. A supraconstitucionalidade autogenerativa

Todos os elementos atrás referidos contribuem para o desenvolvimento de uma *supraconstitucionalidade autogenerativa* (S. RIALS) que, embora não constitua uma "ordem de valores" ou uma "ordem natural" suprajurídica, transporta, pelo menos, uma *reserva de juridi-cidade e de justiça* — relativa, contingente, histórica, não arbitrária —, que o poder constituinte deve mediar e densificar de forma a tornar a própria constituição uma *reserva de justiça* (MORLOCK).

O discurso do texto tem em conta complexos problemas da teoria e filosofia jurídicas, das teorias do Estado e da Constituição. É bom de ver que os limites do poder constituinte apontam para o *problema da validade material do direito* (cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito,* p. 424; *Fontes de Direito,* in *Polis,* Vol. III), recebem sugestões da antropologia e do institucionalismo (cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao*

Discurso Legitimador, p. 20 ss., e P. Hàberle, *Das Menschenbild im Verfas-sungsstaat,* 1988), fazem aceno a ideias da autoreferencialidade e da supraconsti-tucionalidade (cfr. S. Rials, *Supraconstitutionnalité et systematicité du droit,* Archives de Philosophie du Droit, Vol. 33 (1986); W. Krawietz, "Recht und moderne Systemtheorie", in *Vernunft und Erfahrung in Rechtsdenken der Gegenwart, Rechtstheorie,* Beiheft, 10 (1986).

3. A dimensão utópico-constituinte

Não deve esquecer-se que a *validade* de um ordenamento constitucional está decisivamente condicionada pela sua *efectividade.* Se efectividade e legitimidade não são nem podem ser a mesma coisa [29], o juizo de legitimidade comporta algumas dimensões dos "juizos políticos de adequação", pelo menos no sentido da necessidade de uma *relação de coerência* entre a constituição formal (a criar pelo poder constituinte) e a constituição material. Todavia, não obstante os "constrangimentos racionalistas" (Habermas) da constituição material (económicos, políticos, sociais, culturais, religiosos), a pretensão de legitimidade de uma constituição obrigará sempre, num "plano de pragmática universal", a que o poder constituinte se oriente por uma *lógica autónoma de razões,* comunicadas e invocadas pelos agentes num contexto de discussão intersubjectiva democraticamente aceite. Precisamente por isso, se a emergência de um "pacto fundador' não se divorcia da evolução ou *processo civilizacional* (N. Elias), todas as dimensões deste processo — desenvolvimento das forças produtivas associadas ao progresso do conhecimento científico e desenvolvimento de estruturas normativas ligadas à formação da consciência ético-jurídica — sofrem a intervenção mediadora dos homens, desejosos de assegurar a validade geral dos seus enunciados (verdade) e das suas normas (justiça). O *projecto utópico* das constituições permanece como projecto ou *tentativa* (refutável) da verdade e da justiça (por parte da humanidade, dos homens, das comunidades).

O discurso do texto transporta claras ressonâncias habermasianas na medida em que pressupõe as regras universais da "competência comunicacional" e do discurso racional: inteligibilidade *(Verstandlichkeif),* verdade *(Wahrheit),* "justeza" *(Reichtigkeii),* veridicidade *(Wahrhaftigkeit).* Cfr. J. Habermas, *Vorstudien und Ergánzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns,*

[29] Cfr., em sentido diferente, G. Zagrebelsky, // *Sistema Costituzionale delle fonti dei diritto,* 1984, p. 29 ss.

Frankfurt/M, 1989. Indirectamente, rejeita-se o projecto de N. LUHMANN do funcionalismo universal, interessado pessimisticamente na adaptação e sobrevivência do "indivíduo" e do "sistema".

E | *O PROCEDIMENTO CONSTITUINTE*

I — A legitimidade através do procedimento

Atrás, ao referir-se a insuficiência da legitimidade no sentido exclusivamente procedimental, deixou-se já entrever que a "legitimação através do procedimento" constituía uma importante dimensão para se aferir da "bondade" de uma constituição. Um exemplo tornará clara a ideia: uma constituição "imposta" e "posta" por um "ditador", um "chefe", um "grupo", uma "classe", uma "religião", uma "raça", poderá transportar inequívocas dimensões de justiça material, mas nem por isso deixará de estar procedimentalmente maculada. Isto leva-nos a articular os dois modelos de relação entre as dimensões procedimentais e as dimensões materiais do poder constituinte. Tornemos inteligível o significado destes dois modelos.

No *modelo procedimental* a justiça do resultado (= justiça da constituição) depende exclusivamente do procedimento seguido para a feitura da constituição). Se o procedimento fôr justo, será justo também o conteúdo da constituição. Em termos práticos, isto significaria que bastave ser correcto o procedimento constituinte (por exemplo: assembleia constituinte, eleita democraticamente, que elaborou e aprovou, de acordo com regras regimentais prévias, o texto constitucional) para termos uma constituição materialmente justa;

No *modelo substantivo ou material,* independentemente do procedimento, existem medidas autónomas para se aferir do "justo" constitucional, sendo o procedimento apenas um dos meios para se alcançarem soluções substantivas justas. Levado até às últimas consequências, este modelo legitimaria a inexistência de um procedimento constituinte (ex: bastaria a outorga da constituição por um "presidente", salvaguardadas que fossem as dimensões de justiça intrínseca da constituição)[30].

[30] Distinguindo claramente estes dois modelos, cfr. ALEXY, *Theorie der Grund-rechte,* p. 444.

A ideia de "legitimidade da Constituição" aponta, fundamentalmente, para a necessidade da bondade intrínseca da lei fundamental (Modelo 2). Isso não significa, porém, que a "legitimidade através do procedimento" não tenha um valor constituinte específico. E isso por duas razões: (1) - *o procedimento constituinte* indicia a *legitimação* do poder que cria a constituição; (2) - o *procedimento constituinte justo* contribui para a *legitimidade* material da constituição. O procedimento constituinte torna transparente o fundamento do poder constituinte — *legitimação* — porque, ao partir do princípio da soberania popular, — e só este tem hoje valor democrático — ele "revela":

(1) que o poder de *domínio político* — o domínio de homens sobre homens — não é um poder pré-existente e aceite, antes necessita de uma base justificadora — *a legitimação;*

(2) esta legitimação — porque é que alguns homens e mulheres têm poder para fazer uma constituição — só tem uma resposta racionalmente política; deriva do próprio povo e não de instâncias fora, acima ou hipostasiantes do povo (Deus, rei, casta, partido, raça, carisma);

(3) este povo é o *povo real* que tem o poder de disposição e conformação da ordenação político-social; só deste "sujeito político" (e não mais de uma ordem divina, natural, tecno-crática, económica) pode derivar a "constituição" e "reforma" de estruturas básicas de justiça[31].

O procedimento constituinte justo é uma dimensão estruturante da própria *legitimidade* da constituição porque, iniciando a "cadeia de legitimação democrática", dá fundamento a formas de legitimação derivada — *legitimação funcional democrática, legitimação democrática organizatório pessoal, legitimação democrático material* (exercício do poder de acordo com o conteúdo determinado pelo povo).

Assegurando o consenso, as regras de discussão, o diálogo, a publicidade, a crítica e a refutação, a legitimação democrática do procedimento constituinte encerra em si potencialidades de assegurar um resultado justo.

[31] Cfr. E. W. BòCKENFÒRDE, *Die Verfassunggebende des Volkes —ein Grenzbe-griffdes Verfassungsrechts,* 1986, p. 11 ss.

II — As formas do procedimento constituinte

1. Procedimento constituinte directo e procedimento constituinte representativo

Tivemos ensejo de focar que uma dupla ordem de considerações — necessidade de inserção do poder constituinte na organização estadual e necessidade de o conciliar com a ideia de representação — levaria SIEYÉS a admitir a *possibilidade de assembleias especiais,* eleitas especificamente com finalidades constituintes, poderem elaborar democraticamente uma constituição[32]. Assembleias especiais, dissemos, e não assembleias legislativas ordinárias: a lógica subjacente à distinção entre poder constituinte e poderes constituídos exigirá que o exercício do poder constituinte não possa pertencer a uma assembleia legislativa ordinária[33] (poder constituído). O procedimento representativo pode considerar-se o procedimento clássico de elaboração de constituições em Portugal (1822, 1838, 1911, 1976)[34].

Fala-se de *procedimento constituinte directo* quando o projecto de lei constitucional obtém validade jurídica através de uma aprovação directa do povo (plesbicito, referendo); designa-se por *procedimento constituinte indirecto* ou *representativo* a técnica da elaboração de constituição na qual a participação do povo se situa no momento da eleição de representantes para uma assembleia constituinte, cabendo a estes representantes a *deliberação* de aprovação da lei constitucional. Na forma representativa pura cabe à assembleia constituinte *elaborar* e *sancionar* a constituição [35]. Mas estas duas funções

[32] Curiosamente, a Constituição Francesa de 1791 não foi elaborada de acordo com a doutrina clássica do poder constituinte. Os Estados Gerais, reunidos em 5 de Maio de 1789, eram uma *assembleia sem mandato constituinte especial* e só mais tarde, em 20 de Junho de 1789, se transformaram em Assembleia Constituinte. Por coerência, SIEYÉS, embora acabasse por reconhecer à Assembleia poderes constituintes, defendeu que à constituição que ela elaborasse se atribuísse um carácter provisório porque ela *"n'apas étéforméepar la généralité des citoyens avec cette égalité et cette parfait liberte qui exige la nature du pouvoir constituant. La constitution ne será définitive qu 'après qu 'un nouveau pouvoir constituant, — extraordinairemente convoquée pour cet unique object, lui será donné un consentement que reclame la riguer des príncipes".* Cfr. BURDEAU, *Traité,* cit., p. 227, nota 84; M. PRÉLOT, *Insti-tutions Politiques,* cit., p. 297 ss.

[33] Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution,* cit., Vol. II, p. 508.

[34] Em relação à Constituição de 1838 levantam-se, contudo, problemas. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política,* cit., Vol. II, p. 437.

[35] Alguns autores consideram que só haverá uma verdadeira assembleia consti-

podem distribuir-se de forma diferente. Desde logo, por órgãos representativos diversos: uma constituição pode ser feita por uma *assembleia constituinte* federal, exigindo-se, posteriormente, a ratificação das assembleias dos estados (cfr. artigos 5.° e 7.° da Constituição dos Estados Unidos da América).

2. Procedimento misto

Ainda com base na diferenciação dos momentos de elaboração e ratificação, podemos apontar um processo misto, onde se combinam os elementos directos com elementos representativos. O povo elege uma assembleia constituinte para elaborar uma constituição (procedimento representativo); a ratificação jurídica da constituição caberá ao povo que se pronunciará através de *plebiscito* ou de *referendo* sobre o texto constitucional *{procedimento directo)*[36]. Designa-se esta técnica por *técnica de assembleia constituinte não soberana.*

3. Procedimento constituinte monárquico

Quando tratarmos do constitucionalismo da Restauração aludir--se-á às *cartas constitucionais* ou *constituições outorgadas* como espressão do poder constituinte monárquico (cfr. *infra,* Parte III, Cap. 3, I, 3). O rei sujeitava-se aos esquemas constitucionais, mas reservava para si o direito de *dar* a constituição aos súbditos. Uma *forma mista* pode resultar da articulação de dois princípios diversos: o princípio monárquico e o princípio democrático. São as chamadas *constituições dualistas* ou *pactuadas,* através das quais se efectiva um compromisso entre o rei e assembleia representativa (exemplos: a Constituição de Wiirtemberg de 1819; a Constituição pactuada de Luís Filipe de 1830; em certa medida, a nossa Constituição de 1838).

tuinte quando ela, soberanamente, fixar as bases da nova ordem política. Exige-se, por conseguinte, que a assembleia faça e aprove a constituição. Cfr. BURDEAU, *Traité,* Vol. IV, cit., p. 227. Distinguindo entre redacção (a cargo de uma assembleia) e aprovação (cuja competência pertence ao povo através de *referendum*) cfr. a tese clássica de CONDORCET "Sur la necessite de faire ratifier la constitution par les citoyens", in *(Euvres Completes,* Vol. XV, Paris, 1804.

[36] Exemplos: Constituição Francesa de 1795 ou do Ano III e, em tempos mais próximos, a Constituição da IV República. Foi também o processo seguido pelas *Conventions* americanas que elaboraram um projecto de constituição sujeito a ratificação do povo. Cfr. BURDEAU, *Traité,* cit., p. 227.

XII — Juízo sobre as formas procedimentais constituintes: referendo e plebiscito

O princípio da soberania popular é compatível quer com o procedimento constituinte directo quer com o procedimento constituinte representativo. Inicialmente, estes procedimentos eram mesmo considerados como tendo *igual* valor jurídico e político. A associação dos procedimentos constituintes directos a "paródias do exercício da soberania do povo" surge quando a participação directa do povo serve para legitimar um poder conquistado por meios não constitucionais ou para expressar toda a votação que, independentemente do seu conteúdo, contribui para legitimar e reforçar um poder pessoal carismático (plebiscitos napoleónicos). Precisamente por isso, quando, no início do constitucionalismo, se aludia a "referendo constitucional" ou a "plebiscito constituinte" pretendia-se apenas significar que um poder inicial e autónomo — o poder constituinte — submetia à aprovação popular a aprovação de um texto constitucional. Todavia, a teleologia intrínseca dos "referendos" e "plebiscitos" constituintes passou a ser diferente quando o plebiscito, além da sua associação a dimensões cesaristas do poder político, se transformou em consulta popular, divorciada de qualquer racionalidade jurídica e não raro violadora dos princípios estruturantes do Estado constitucional. A hipertrofia democrática aliada a uma concepção "decisionista" do direito explicam o sentido do "plebiscito": decisão popular que se sobrepõe a qualquer tipo de racionalidade jurídica. No plano constituinte, a "marca" referida traçará a distinção entre "referendum" e "plebiscito": este será *a decisão que, transcendendo a normatividade constitucional e sem quaisquer limites políticos e jurídicos, legitima, em termos "democrático-popu-lares", uma ruptura constitucional* (encapuçada ou não sob a forma de "revisão ou reforma da constituição"); o *referendum* será a consulta popular directa que, *respeitando os princípios básicos do Estado de direito democrático-constitucional, tanto no procedimento como no seu conteúdo e sentido, visa alterar — total ou parcialmente — a ordem jurídico-constitucional existente* (ex: revisão total ou parcial da constituição na forma por esta estabelecida). Por vezes, esta alteração surge articulada com um procedimento de decisão caracterizado pela *excepcionalidade* e *politicidade* (conteúdo mais político que jurídico) e que os autores designam, sem grande rigor, plebiscito e/ou referendo (exs: consulta sobre a adesão ou não à CEE a fim de possibilitar a introdução de uma norma constitucional limitadora da soberania; consulta sobre a "forma" de governo — república ou monarquia; consulta sobre

a adesão a um "pacto militar" para permitir alterar a norma constitucional que proibe a integração de um país em blocos militares).

Abstivemo-nos, no texto, de fazer digressões históricas, comparatísticas e politológicas, sobre o referendo e o plebiscito. A ideia nuclear nele expressa segue sugestões de MAX WEBER e de CARL SCHMITT (cfr. *Volksentscheid und Volksbegehren,* Miinchen, 1922, p. 22; *Legalidady legitimidad,* Madrid, 1971, p. 102).

Note-se, porém, que o acolhimento das sugestões weberianas e schmit-tianas para captar as linhas distintivas entre referendo e plebiscito não significa qualquer adesão a concepções decisionistas de constituição. A recente tese de LUCAS PIRES *(A Teoria da Constituição de 1976)* afigura-se-nos já um sugestivo exemplo de ressonâncias schmittianas ao caracterizar o referendo como processo de "purificação ou reinvenção democrática" (p. 172) e como "instrumento da última batalha do desenvolvimento constitucional e sucedâneo da própria caducidade natural dos pactos que estão na origem das decisões fundamentais da constituição" (p. 174).

Bons apontamentos sobre o conceito de *referendum* e a sua distinção de *plebiscito, veto* e *iniciativa popular,* apresentavam já as lições de MARNOCO E SOUSA, *Direito Político,* Coimbra, 1910, p. 177 ss.

A distinção entre referendo e plebiscito ganha, porventura, maior carga de polemicidade, quando se trata de situar estes instrumentos dentro dos instrumentos de *revisão constitucional* (cfr., *infra,)* e de saber se o recurso a qualquer deles é possível, sem ruptura constitucional, quando não estão expressamente consagrados na lei Fundamental[37]. A revisão constitucional de 1989, ao introduzir o referendo legislativo e político e ao excluir o referendo constitucional (CRP, artigo 118.73), sugere claramente a inadmissibilidade de procedimentos constituintes *extra constitutione.*

[37] Cfr., por todos, PEDRO VEGA, *La Reforma Constitucional,* cit., p. 107 ss. Entre nós, cfr. discussão do problema em JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976,* p. 397; *Manual de Direito Constitucional,* p. 403 ss; M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional,* cit., p. 66; BARBOSA DE MELO / CARDOSA DA COSTA / VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e Projecto da Revisão da Constituição,* 1981, p. 157 ss; LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976,* cit., p. 170 ss; M. L. ABRANTES AMARAL, "Algumas notas sobre o fundamento e a natureza do poder da revisão constitucional", *in RFDL,* XXV, 1984.

PARTE II

A CIÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

CAPITULO 1 O DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário

Indicações bibliográficas

A) O ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Intertextualidade

HESSE, Konrad — *Grundziige des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 18." ed., Karlsruhe, 1991, pp. 4 ss. (há trad. esp. do 1." capítulo desta obra. Cfr. K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional,* trad. e intr. de P. Cruz Villalon, Madrid, 1983, pp. 3 ss). HELLER, Hermann — *Staatslehre,* org. de G. Niemeyer, 4.ª ed., Leiden, 1970. (Há trad. esp. de L. Tobio, *Teoria dei Estado,* México, 1942, e port. *Teoria do Estado,* S. Paulo, 1968). KELSEN, Hans —*Allgemeine Staatslehre,* Berlin, 1925. (Há trad. esp. de L. Legaz e Lacambra, *Teoria General dei Estado,* Barcelona, 1934). -----*Reine Rechtslehre,* 2.ª ed., Wien, 1960. (Há trad. port. de João Baptista Machado — *Teoria Pura do Direito,* Coimbra, 1962). MULLER, Friedrich —*Juristische Methodik,* 3.ª ed., Berlin, 1989. -----*Strukturierende Rechtslehre,* Berlin, 1984.

***2.* Bibliografia específica**

A)

ADAMOVICH/FUNK — *Ósterreichishes Verfassungsrecht, 2."* ed., Wien, New York, 1984, p. 2 ss.
HESSE, K — *Grundziige,* cit. p. 4 ss. MORLOCK, M. — *Was heisst undzu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie,* Berlin, 1988, p. 20 ss.

II
GOMEZ Orfanel, G. — «Nocion dei Derecho Constitucional» in *Estado e Direito,* 3 (1989) p. 59 ss.
BAPTISTA Machado, J. — *Introdução ao Direito,* p. 63 ss.
BÖCKENFÖRDE, E. W. — «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechts-wissenschaft», in *Festschrift fiir U. Scupin,* 1983, p. 317.
B)
Iell
m
rv
CRISAFULU, V. — *Lezioni di Diritto Costituzionale, 2."* ed., Vol. I, Padova, 1970,
pp. 23 ss.
MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* I, 4." ed., Coimbra, 1990. HESSE, K. — «Das Grundgesetz in der Entwicklung. Aufgabe und Funktion», in
E. BENDA/W. MAIHOFER/H. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts,*
Berlin 1983, p. 19
PEREIRA, Menaut, *Lecciones de Derecho Constitucional,* Madrid, 1987. STERN, *Staatsrecht,* I, 2." ed., Munchen, 1984 (há trad. esp.).
SCHMTTT, C. — *Verfassungslehre* (trad. esp., pp. 142 ss.).
BRYCE, J. — «Flexible and Rigid Constitutions» in *Studies in History andJuris-*
prudence. (Há trad. esp., Madrid, 1962.) LAVAGNA, C. —*Le Costituzione rigide,* Roma, 1965.
Q DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIAS AFINS
Iell
MIRANDA, J. —*Manual de Direito Constitucional,* I, pp. 26 ss.
HESPANHA, A. M. — «Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas», in *A*
História do Direito na História Social, Lisboa, 1978, pp. 70 ss. MARCELLO Caetano — *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* 6." ed., Coimbra, 1970, p. 18. MARQUES Guedes, A. —*Ideologias e Sistemas Políticos,* Lisboa, 1983.

A I *ENQUADRAMENTO*

I — Doutrina, teoria e metódica

1. Doutrina do direito constitucional

O estudo do direito constitucional pode fazer-se a partir de duas posições metodologicamente diferentes. Ou se adopta uma perspectiva *dogmático-constitucional,* voltada para o estudo de um ramo do direito pertencente a uma ordem jurídica concreta — *doutrina do direito constitucional;* ou se procura uma visão *teorético-cons-titucional,* interessada principalmente na fixação, precisão e aplicação de conceitos de direito constitucional, desenvolvidos a partir de uma «construção» teórica e não com base numa constituição jurídico-posi-tiva — *teoria da constituição* *.

A perspectiva metodológica que aqui vai ser adoptada assenta na ideia de o discurso constitucional ganhar sentido juridicamente útil quando centrado numa constituição positiva (ex.: a Constituição da República Portuguesa de 1976 = CRP) e não numa *constituição ideal,* de conteúdo abstracto, sem qualquer ligação a uma ordem histórica concreta. Interessa, sobretudo, compreender e analisar *a força e valor normativos* de uma constituição concreta, historicamente situada. Isto significa também a necessidade de a ciência do direito constitucional ser *constitucionalmente adequada,* ou seja, uma ciência desenvolvida em torno de uma ordem jurídico-constitucional positiva.

I

[1] Sobre a distinção necessária entre conceitos teorético-constitucionais abstractos e *dogmática* de direito constitucional historicamente concreta insiste, sobretudo, K. Hesse, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 16.ª ed., Heidelberg/Karlsruhe, 1988, pp. 127, 155, 184, 217; *idem* «Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland. Aufgabe und Funktion der Verfas-sung», in E. Benda/W. Maihoffer/H. J. Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts,* Berlin/New York, 1984, pp. 3 ss. Vide também, K. Hesse, «Concepto y cualidade de la Constitution», in *Escritos de Derecho Constitucional,* org. de P. Cruz Villalon, Madrid, 1983, pp. 3 ss. Por último cfr. Morlock, *Was heisst und zu welchem Ende studiertman Verfassungstheorie?,* Berlin, 1988.

2. Teoria da constituição

A adopção de uma perspectiva jurídico-dogmática não significa que a *doutrina do direito constitucional* se possa divorciar de uma *teoria da constituição.* Esta última ilumina criticamente os limites e possibilidades do direito constitucional e contribui para a «investigação», «descoberta» e «refutação» das soluções jurídico-constitucio-nais. Procurar-se-á, assim, obter a conjugação de dois planos: (1) o da teoria da constituição, onde se discutem os problemas constitucionais sob um prisma teorético-político; (2) o da doutrina do direito constitucional que estuda, descreve e problematiza as estruturas fundamentais de uma lei constitucional positiva[2].

3. Metódica constitucional

A doutrina do direito constitucional pressupõe hoje uma metódica constitucional adequada. Em termos aproximados, a metódica constitucional procura fornecer os métodos de trabalho aos aplicadores--concretizadores das normas e princípios constitucionais. Através da metódica captam-se as diferentes funções jurídicas de uma lei fundamental, investigam-se os vários procedimentos de realização, concre-tização e cumprimento das normas constitucionais. À metódica constitucional caberá trabalhar e compreender o direito constitucional positivo (ex.: através da interpretação, qualificação e análise das normas), de modo a que o trabalho jurídico possa optimizar as normas e princípios do Estado de direito democrático constitucionalmente conformado[3].

[2] A afirmação do texto, considerando a *teoria da constituição* como um meio de «descoberta» de soluções político-constitucionais, tem em conta algumas modernas correntes publicísticas (a do racionalismo crítico e a de metódica jurídico--estruturante), desenvolvidas sobretudo nos quadrantes doutrinais germânicos. Cfr., por ex., SCHLINK, «Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wis-senschaftstheorie», *Rth,* 1976, pp. 94 ss (próximo do racionalismo crítico); F. MÚLLER, *Strukturierende Rechtslehre,* Berlin, 1984, p. 271 (segundo a metódica jurídico--estruturante). Sublinhando a caracterização da teoria da constituição como «meta-teoria» e «teoria científica» da dogmática do direito constitucional, cfr. MORLOCK, *Was heisst,* p. 53. Cfr., também, LUCAS PIRES, A *Teoria da Constituição de 1976,* pp. 21 ss.

[3] Mais adiante, ao tratar-se das estruturas metódicas (Cap. 3), esclarecer-se-ão alguns dos aspectos da metódica constitucional. Para um estudo aprofundado, as obras insubstituíveis são as de F. MULLER, *Juristische Methodik,* 3.ª ed., Berlin, 1988; *Strukturierende Rechtslehre,* Berlin, 1984.

r (íU — O direito constitucional como ramo do direito pú-i blico interno

1. O direito constitucional como direito público interno

O direito constitucional é um ramo do direito público interno de uma ordem jurídica global: a ordem jurídica portuguesa. Não obstante as dificuldades da distinção, é tradicional dizer-se que o direito constitucional pertence, juntamente com outros ramos do direito — direito internacional, direito administrativo, direito criminal, direito fiscal, direito processual —, ao direito público[4].

O enquadramento do direito constitucional no *direito público* é aqui aceite, tendo em conta, porém, três considerações fundamentais: (1) a distinção entre direito público/direito privado deve desvincular-se da *pré-compreensão ideológica* que, por vezes, lhe está subjacente; (2) a dicotomia direito público/ /direito privado não se reconduz hoje a um dualismo absoluto relações jurídicas públicas/ relações jurídicas privadas, aludindo-se antes à ordem jurídica como uma *ordem pluralista de relações jurídicas;* (3) a distinção direito público/direito privado não é uma *divisio* susceptível de captação apriorística, devendo antes basear-se na ordem jurídica positiva.

Quanto à primeira consideração, há muito se demonstrou que a contraposição direito público/direito privado pressupunha e pressupõe uma inequívoca pré-compreensão ideológica: (a) o direito público é mais poder que direito (dicotomia poder/direito); (b) o direito público visa a prossecução do bem comum, justificando-se, por isso, um menor grau de vinculatividade jurídica deste direito em comparação com o direito privado (sobrevivência de um «espaço livre» do direito para os poderes públicos prossecutores do bem comum); (c) o direito público tem um carácter autoritário e o direito privado uma natureza consensual (criação unilateral e voluntarística do direito público/ /criação consensual e voluntária do direito privado).

Relativamente à segunda consideração, verifica-se a convergência de aspectos publicísticos e aspectos privatísticos em muitas relações jurídicas (direito económico, direito do trabalho, direito administrativo, etc), salientando a doutrina ser preferível adoptar um sistema pluralístico de relações jurídicas a um simples dualismo direito público/direito privado.

Finalmente, a distinção entre público e privado não assenta em categorias ontológicas apriorísticas: em face de cada ordem jurídica positiva se

[4] Abster-nos-emos aqui de aludir à questão «macro-estrutural» das grandes divisões do direito (ramos do direito). Para uma visão global cfr., entre nós, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador,* Coimbra, 1983, pp. 63 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* 2.ª ed., I, Coimbra, 1990, p. 20; PAULO F. CUNHA, *Princípios de Direito,* Porto, 1992, p. 211 ss. Assinale-se que uma parte da doutrina italiana vem aludindo a um *tertium genus* entre o direito público e o direito privado, constituído pelo chamado direito comum ou *direito privado objectivo* (GIANNINI, LAVAGNA, GUARINO).

deverão determinar as dimensões publicísticas ou privatísticas das várias relações jurídicas. Esta problemática de distinção entre direito público/direito privado é tema obrigatório dos estudos de introdução ao direito. Cfr., entre nós, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito,* cit., pp. 63 ss.
As considerações do texto sobre o *background* ideológico da distinção direito público/direito privado reconduzem-se a KELSEN, *Teoria Pura do Direito,* trad. port. de J. BAPTISTA MACHADO, 2.ª ed., Coimbra, 1962, pp. 167 ss, que salienta com clareza e e vigor: «Este dualismo — de todo logicamente insustentável—não tem, porém, qualquer carácter teorético, mas apenas ideológico. Desenvolvido pela doutrina constitucional, pretende garantir ao governo e ao aparelho administrativo que lhe está subordinado uma liberdade (desvinculação) como que deduzida da natureza das coisas:...»; «Por outro lado, a absolutização do contraste entre direito público e direito privado cria também a impressão de que só o domínio do direito público, ou seja, sobretudo, o direito constitucional e o direito administrativo, seria um sector de dominação política e que estaria excluída no domínio do direito privado». Esta tese recebeu em tempos recentes clara confirmação no estudo de GRIMM, «Zur politischen Funktion der Trennung von õffentlichem und privatem Recht in Deutschland», in W. WILHELM *Studien zur europàischen Rechtsgeschichte,* 1972, pp. 224 ss.
As considerações relativas ao pluralismo das relações jurídicas tem por base as modernas *teorias das relações jurídicas* que põem em relevo a diversidade das várias relações — entre Estado e outros poderes públicos e cidadãos, entre órgãos do Estado, entre titulares de vários órgãos, etc. Sobre o assunto, cfr. a mais recente literatura: ACHTERBERG, «Rechtsverháltnis ais Strukturelemente der Rechtsordnung. Prolegomena zu einer Rechtsverhältnis-theorie», in *Rth, 9* (1979), pp. 385 ss; *Die Rechtsordnung ais Rechtsverhãltnis-ordnung. Grundlegung der Rechtsverhãltnistheorie,* 1982; MENGER «Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von õffentlichem und privatem Recht», *Fest.* fur H. J. WOLF, 1973, p. 149; D. SCHMIDT, *Die Unterscheidung von privatem und õffentlichem Recht,* 1985.

2. Justificação teorética da qualificação 2.1 *Critérios distintivos*

O direito constitucional é direito público, qualquer que seja a teoria preferentemente adoptada para alicerçar a distinção entre direito público e direito privado. De acordo com o critério da posição dos sujeitos (também chamado «critério da sujeição» ou «critério da subordinação»), o direito público é caracterizado por relações de supra--infra-ordenação, enquanto o direito privado se caracteriza por rela-ções essencialmente igualitárias. Daqui resultaria a existência, nas relações de direito público, do exercício de um poder de autoridade através de formas e procedimentos típicos (ordens, comandos, medi-

das normativas). Esta teoria explica satisfatoriamente a razão de na **maior** parte das relações reguladas pelo direito constitucional se verificar o exercício de um poder de autoridade *(publica potestas).* É, porém, insuficiente porque: (a) pressupõe o carácter absolutamente igualitário das relações jurídicas civis, mas, como se verá adiante (Parte IV, Padrão II), a «eficácia externa» dos direitos fundamentais aponta para a existência de relações de subordinação entre entidades particulares (cfr. art. 18.71 da CRP); (b) deixa por explicar a configuração das relações constitucionais inter-orgânicas (entre órgãos de soberania) não reconduzíveis propriamente a relações de supra-infra-ordenação; (c) não toma em conta a existência de relações igualitárias entre os poderes públicos e os cidadãos (ex.: nos contratos públicos).

A *teoria dos interesses* preferentemente protegidos numa relação jurídica ou através de uma norma jurídica (protecção de interesses individuais -> direito privado; protecção de interesses públicos -> direito público) põe, de forma correcta, em relevo, o carácter público dos fins e tarefas subjacentes às normas de direito constitucional, mas não dá guarida a um espaço do «público» — da imprensa, das associações sindicais, dos partidos —, onde confluem interesses privados e interesses públicos conformados por normas constitucionais.

A *teoria da especialidade* (também chamada «doutrina de ordenação» ou «teoria da especialidade do direito») arranca da ideia de que o direito público é um «direito especial», exclusivamente regulador dos direitos e deveres de titulares de poderes públicos. Todavia, e embora um número significativo de normas do direito constitucional vise regular direitos e deveres dos poderes públicos (ex.: normas de organização do poder político), muitas outras normas de direito constitucional têm como destinatários entidades privadas (normas de direitos fundamentais, normas da organização económica).

2.2 *Dimensões específicas do direito público*

Não obstante a inexistência de um critério único e seguro para distinguir entre direito público e direito privado, a caracterização do direito constitucional como direito público tem uma função didáctica e prática, pois permite pôr em relevo algumas manifestações típicas deste direito: (1) enquanto o direito público é tendencialmente caracterizado pela adopção de formas de acção unilateralmente ditadas (lei, regulamento, acto administrativo, sentença — *direito coactivo),* no direito privado predomina essencialmente (mas não exclusivamente) a

autonomia privada (ordem igualitária — *direito flexível);* (2) os poderes públicos têm de agir e só podem agir quando têm competência constitucional ou legalmente fixada (princípio da determinação constitucional de competências), ao passo que os sujeitos privados gozam de tendencial liberdade na conformação de relações jurídicas (embora haja também tipicização de competências ou de atribuições nas relações jurídicas de certos ramos de direito privado como o direito das coisas, o direito de família, o direito de sucessões); (3) a actuação dos poderes públicos subordina-se a *princípios constitucionais* inderrogáveis — princípio da constitucionalidade, princípio da legalidade, princípio da publicidade — que não valem, ou valem em medida e grau diferente, para as relações jurídico-privadas; (4) o *controlo jurisdicional* dos actos das entidades públicas pode justificar jurisdições e processos específicos (processo de inconstitucionalidade -+ Tribunal Constitucional; controlo da legalidade -> tribunais administrativos) enquanto para as relações jurídicas privadas se fala numa *via judiciária ordinária* (tribunais comuns)[5].

B | *CARACTERES DISTINTIVOS E CONSTITUTIVOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL* [6]

I — Posição hierárquico-normativa

O direito constitucional é um ramo de direito dotado de certas características especiais. Tem uma «voz» específica expressa através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-lo de outras constelações normativas do ordenamento jurídico.

[5] Cfr., por último, D. SCHMIDT, *Die Unterscheidung,* cit., p. 57 ss.

[6] Sobre esta matéria, em termos incisivos e de grande pregnância, cfr. K. HESSE, "Das Grundgesetz in der Entwicklung; Aufgabe und Funktion", in BENDA/MAIHOFER/ /VOGEL, coord, *Handbuch des Verfassungsrechts,* p. 17 ss; ADAMOVICH/FUNK, *Òsterreischisches Verfassungsrecht,* 2.ª ed., 1984,11 ss.

Em primeiro lugar, o direito constitucional caracteriza-se pela sua *posição hierarquico-normativa superior* relativamente aos outros ramos do direito. Esta superioridade hierarquico-normativa concretiza-se e revela-se em três perspectivas: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria *{autoprimazia normativa);* (2) as normas de direito constitucional são *normas de normas {norma normarum),* afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição (cfr. art. 3.713 da CRP).

1. Autoprimazia normativa

A *autoprimazia normativa* significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, pragmaticamente, que o direito constitucional, constituído por normas democraticamente feitas e aceites (legitimidade processual democrática) e informadas por «estruturas básicas de justiça» (legitimidade material), é portador de um valor normativo formal e material superior.

Chama-se a atenção para a complexidade dos dois principais problemas implícitos no discurso do texto. O primeiro relaciona-se com o carácter autovali-dante das normas constitucionais. Qualquer que seja a teoria adoptada, o problema é sempre o mesmo: saber como é que as normas de direito constitucional, consideradas como normas primárias de produção jurídica, adquiriram elas próprias carácter de *juridicidade.* Trata-se do problema teorético-jurídico das *fontes de direito.* Sobre ele, cfr., entre nós, exaustivamente, CASTANHEIRA NEVES, «As fontes de direito e o problema da positividade jurídica», in *BFDC,* Vol. 11(1975), pp. 115 ss, e para um estudo introdutório e global, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito,* cit., pp. 193 ss; CASTANHEIRA NEVES, «Fontes de Direito», in *Polis,* Vol. 2.°, Lisboa, 1984, pp. 1512 ss.

O segundo problema — o da legitimação ou da validade — é também um dos aspectos das fontes do direito, mas conexiona-se estritamente com a questão da legitimidade do poder constituinte a que se fará referência mais adiante. Sobre conceito de supremacia constitucional cfr. MANUEL ARAGON, «Sobre las nociones de supremacia e supralegalidad constitucional», *Revista de Estúdios Políticos* (REP), 50/1986; R. WAHL, «O Primado da Constituição», in *ROA,* (1987), p. 61 ss; BURDEAU, *Droit Constitutionnel,* 21.ª ed, 1988, p. 73.

A superioridade normativa do direito constitucional implica, como se disse, o *princípio da conformidade* de todos os actos do

poder político com as normas e princípios constitucionais (cfr. CRP, art. 3.73). Em termos aproximados e tendenciais, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior (princípio da hierarquia), e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade).

***2.* Fonte primária da produção jurídica**

O carácter das normas de direito constitucional como *normas de normas* ou *fonte primária da produção jurídica* implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as *determinantes positivas e negativas* das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um «processo gradual», as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Daí a existência de uma *hierarquia das fontes do direito,* isto é, uma relação hierárquica, verticalmente ordenada, à semelhança de uma «pirâmide jurídica». Ilustrações concretas desta ideia de hierarquia das normas encontram-se no art. 115.71 da CRP: os actos legislativos — leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais — encontram o fundamento de validade na constituição; por sua vez (cfr. art. 115.77), os actos normativos inferiores e complementares dos actos legislativos — os regulamentos — carecem sempre de uma base legal (princípio da precedência da lei) para poderem ser editados pelas autoridades constitucionalmente dotadas de poder regulamentar[7].

[7] Algumas afirmações do texto têm de ser confrontadas, de novo, com o problema teorético-jurídico das fontes de direito, sobretudo com as doutrinas que concebem a ordem jurídica como um *processo gradual de criação* de normas *(Normenstufentheorie* de Kelsen e Merkl). Não obstante se rejeitarem, ao longo deste curso, algumas das premissas teoréticas e metodológicas destas doutrinas, a ideia de pirâmide normativa ilustra bem a estrutura hierárquica e a função ordenadora das fontes de direito. A última visão de conjunto sobre a teoria gradual do direito deve-se a Behrend, *Untersuchung zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsen,* Berlin, 1977. Na doutrina jurídica nacional é indispensável a leitura de dois estudos: J. Baptista Machado, *Do formalismo kelseniano e da «cientificidade» do conhecimento jurídico,* Coimbra, 1963, e A. Castanheira Neves, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido,* Coimbra, 1979; "Fontes de Direito" in *Polis,* Vol. 2.°, p. 1512.

3. Direito heterodeterminante

Uma das consequências mais relevante da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações positivas e negativas* das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado.* Como *determinantes negativas,* as normas de direito constitucional desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas,* as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por ex., do direito civil como direito autónomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado (ex: CRP, art. 36.°); de forma mais intensa, o direito constitucional é concebido como parâmetro material do direito administrativo, aludindo os autores ao direito administrativo como direito constitucional concretizado (CRP, art. 268.°); o direito processual (penal e civil) concebe-se hoje como direito materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente «constitucionalização» da ordem processual e da «constitucionalidade da jurisprudência» (Cfr. CRP, art. 32.°).

É preciso não confundir a ideia do direito constitucional como direito paramétrico, positivo e negativo, dos outros ramos do direito, com a ideia do direito legal ou ordinário como simples «derivação» e «execução» das normas constitucionais. Como iremos estudar, as normas de direito constitucional são «abertas», permitindo um amplo espaço de conformação ao legislador nos vários sectores da ordem jurídica. Consequentemente, a *dependência* ou *subordinação constitucional* do direito ordinário significa tão-só e apenas que nenhuma norma do direito ordinário é «livre da constituição», antes é informada materialmente por ela; não significa a eliminação da *autonomia de determinação* do legislador ordinário, cfr. K. Stern, *Staatsrecht,* vol. I, 2.ª ed., pp. 85 ss.

A fórmula plástica «direito constitucional concretizado» foi utilizado por F. Werner para aludir à ideia da determinação do direito administrativo pelo direito constitucional. Cfr. F. Werner, «Verwaltungsrecht ais konkre-tisiertes Verfassungsrecht», in *DVBL,* 59, p. 527. A mesma ideia — concretização do direito constitucional — tem sido salientada noutros ramos do direito, designadamente o direito do trabalho e o direito processual. Cfr., por ex., Kuchenhof, «Einwirkungen des Verfassungsrechts an das Arbeitsrecht» in

Fest. jur H. C. NIPPERDEY, Vol. II, 1955, p. 317, no que respeita ao direito do trabalho, e P. HÀBERLE, «Verfassungsprozessrecht ais Konkretisiertes Verfas-sungsrecht», in *JZ,* 76, p. 377, relativamente ao direito processual. Sobre o problema referido — superioridade de direito constitucional e autonomia do direito legal— cfr., por último, MAYER/HASEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft,* Heidelberg/Karlsruhe, 1981; R. WAHL, «Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrecht», in *NJW,* 7, (1984), pp. 401 ss. A algumas destas questões se voltará a fazer alusão quando se tratar, por ex., do efeito externo de direitos fundamentais (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão II). Sobre as relações do direito constitucional e do direito legal, cfr. o nosso livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* Coimbra, 1982, pp. 216 ss, e ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica,* Coimbra, 1969, pp. 5 ss.

4. Natureza supra-ordenamental

A concepção de normas constitucionais no sentido de *normae normarum,* isto é, normas sobre a produção jurídica, significa ainda que o ordenamento constitucional é um *supra-ordenamento* relativamente aos outros ordenamentos jurídicos do território português. Dentro do ordenamento estadual, em sentido amplo, destaca-se o *ordenamento estadual,* em sentido restrito, e o *ordenamento autonômico,* constituído pelo conjunto de normas criadas pelas Regiões Autónomas e pelo poder local. O ordenamento constitucional constitui o ordenamento superior que: (1) unifica o ordenamento estadual e o ordenamento autonômico: (2) estabelece a hierarquia entre as normas dos vários ordenamentos (cfr., por ex., art. 115.°/3: as leis gerais da República têm primazia sobre os decretos legislativos regionais) [8].

[8] Esta ideia da pluralidade de ordenamentos e do ordenamento constitucional como supra-ordenamento é tributária, sobretudo, da lição de GARCIA DE ENTERRIA, Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonômicos; sistema de relaciones», in *RAP,* n.° 100-102, Vol. 1, (1983), pp. 213 ss; GARCIA DE ENTERRIA/RAMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo,* 3.ª ed., Madrid, Vol. I, pp. 53 ss. Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* Vol. III, Coimbra, 1983, pp. 227 ss. Para uma visão global da teoria do ordenamento jurídico, cfr. sobretudo a doutrina italiana: V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale, 2."* ed., Vol. I, Padova, 1970, p. 30; CUOCOLO, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* 3.ª ed., 1983, p. 11 ss; MODUGNO, *Legge-Ordinamento Giuridico —Pluralità degli Ordinamenti,* Milano, 1985, p. 65, ss.

II — A autogarantia do direito constitucional

O direito constitucional é um «direito que gravita sobre si mesmo» (SMEND). Através desta frase lapidar, pretende-se salientar a especificidade dos *meios de tutela e das sanções jurídicas* das normas constitucionais. Por vezes, considera-se mesmo o direito constitucional como «direito sem sanção» ou como um conjunto de normas *imperfectae* ou *minus quam perfectae,* dado que a sua violação não é acompanhada por medidas de coerção (sanções) jurídicas adequadas. Trata-se de uma perspectiva largamente tributária das concepções imperativísticas do direito. Estas concepções, além de merecerem severas críticas em sede de teoria geral do direito relativamente à exigência de coercibilidade e de sanção como características das normas jurídicas, revelam-se também inadequadas para captar a *função promocional* do direito constitucional. Este direito, à semelhança de muitos outros ramos da ordem jurídica, não tem hoje apenas uma função «repressiva»; incumbe-lhe igualmente uma função promocional. Se, nas constituições liberais, a um Estado-garantia corresponde um modelo constitucional tendencialmente repressivo, protector e organizatório, nas constituições sociais informadas pela ideia de democracia económica, social e cultural, a um Estado-interventor corresponde um padrão de lei fundamental, *promocional, coordenador e incentivante* (exs.: art. 58.73 — «Incumbe ao Estado, através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho»; art. 63.72 — «Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado»).

A ideia de direito constitucional como «direito sem sanção» só é válida se com ela se quer aludir à ideia de autogarantia, como traço diferenciador deste direito relativamente aos outros ramos da ordem jurídica. A observância das suas normas não é assegurada pela força de outras instâncias superiores da ordem jurídica; é um direito que gravita sobre si mesmo, apelando para as suas próprias forças e garantias, de forma a assegurar as condições de realização e execução das suas normas. Daí que não haja, rigorosamente, um «defensor da constituição» fora ou acima do direito constitucional: todos os órgãos dos poderes públicos, e, de forma especial, os órgãos de soberania, devem assumir a responsabilidade do respeito e cumprimento das normas constitucionais, independentemente de estas serem ou não susceptíveis de execução forçada (coercibilidade) e de à não observância das mesmas se ligar qualquer tipo de consequência desfavorável (sanção).

Da especificidade do direito constitucional como direito «autogaran-tido» resulta a necessidade de ligar a ideia de sanção (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão III) ao ordenamento constitucional no seu conjunto (e não a cada uma das normas isoladamente consideradas) e de desenvolver um conceito de sanção mais amplo que o dos outros ramos de direito, pois algumas das sanções constitucionais destinam-se não a reparar um dano ou a reintegrar situações pré-existentes (ex.: sanções de direito civil e direito administrativo) nem a infligir uma punição aos autores de comportamentos ilegais ou ilícitos (sanções disciplinares e criminais), mas a tornar efectiva a responsabilidade dos órgãos constitucionais pelo não exercício das suas competências e funções nos termos constitucionais (daí a consideração, por ex., como sanções constitucionais, de institutos como a dissolução da AR, demissão do governo, etc).

Mais uma vez, o discurso do texto é um discurso conotativo, que pressupõe o conhecimento de problemas e noções centrais de teoria jurídica: noção de «direito» (como «ordem de coerção» ou como «ordem justa informada pela ideia de direito»), ideia de coacção jurídica, sentido da pretensão de validade e vigência das normas jurídicas, etc. Para uma visão global e introdutória cfr., entre nós, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito,* cit., pp. 31 ss.

No plano específico do direito constitucional, a intertextualidade deixou--se já entrever: retoma-se a ideia de R. SMEND, «Verfassung und Verfassungs-recht», in *Staatsrechtliche Abhandlungen,* 2.ª ed., Berlin, 1968, p. 159, que caracterizava o direito constitucional como um «sistema de integração gravitando sobre si próprio». Glosando a mesma ideia, cfr., por último, K. HESSE, «Das Grundgesetz in der Entwicklung. Aufgabe und Funktion», in E. BENDA/W. MAIHOFER/H. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts,* Berlin, 1983, p. 19. Para uma crítica da exigência da coercibilidade e da sanção como caracteres diferenciadores das normas jurídicas, cfr., no plano do direito constitucional, V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale,* 2.ª ed., Padova, 1976, Vol. I, p. 23.

A outra ideia a reter é a de que ao direito constitucional se assinala uma indeclinável *função promocional*
O que interessará, sob este ponto de vista, é insistir não tanto na ideia repressiva de inconsti-tucionalidade, mas sim captar, no plano metódico-constitucional, a operatividade funcional das normas e princípios impositivos de fins, tarefas e programas constitucionais. A garantia do cumprimento e execução destas normas não deriva, a título principal, da existência de um controlo de inconstitucionalidade por omissão (cfr. art. 283.°), mas da existência de um sistema constitucional integrado de competências, impositivo da realização das tarefas constitucionalmente atribuídas aos órgãos dos poderes públicos[9].

[9] A literatura mais sugestiva sobre a diferença entre um *ordenamento repressivo* e um *ordenamento promocional* parece-nos ser a de BOBBIO, *Dalla strutura alia funzione,* Milano, 1977. Cfr., também, as interessantes considerações de G. PECES BARBA, «La nueva constitución espanola desde la filosofia dei Derecho», in *Doe. Adm.,* n.° 180 (1978), pp. 26 ss.

Finalmente, não se pode hoje desconhecer a profunda influência da jurisprudência dos tribunais constitucionais no sentido da transformação do direito constitucional num *direito perfeito* (R. WAHL). Como norma perfeita de controlo, a lei fundamental positiva tem vindo progressivamente a ser aplicada, de forma directa, pelas jurisdições constitucionais. Na verdade, os tribunais constitucionais (e todos os tribunais com competência de fiscalizações da constituciona-lidade) têm desenvolvido as respectivas jurisprudências mantendo firme o princípio de que todos os actos normativos se deverem orientar materialmente pelas constituições [10].

A jurisdicionalização do direito constitucional está mesmo na base do «moderno constitucionalismo», chegando a retomar-se a velha fórmula americana — «a constituição é o que os juizes dizem» — (juiz HUGHES: *«We are under a constitution, but the constitution is what the judge say it is»)* e a definir-se a constituição como «acto jurisprudencial». Cfr., por ex., D. ROUSSEAU, «Une résurrection: la notion de constitution», in R.D.P., 1/1990, p. 16. Cfr. também a obra colectiva *Le constitutionnalisme aujourd'hui,* 1984. Diferente deste «novo constitucionalismo» é o chamado «pós-constitucionalismo» que, ancorado numa *teoria económica da constituição,* propõe uma leitura do contrato social e do pacto fundador a partir da imagem do homem da ciência económica, designadamente na sua orientação neo-clássica. Cfr. J. BUCHANAN/ /G. TUIXOCK, *The Calculus ofConsent. Logical Foundation of Constitutional Democracy,* l.ª ed., Ann Arbor, 1962.

III — Continuidade e descontinuidade do direito constitucional

1. Continuidade e descontinuidade formal

Numa frase lapidar, reiteradamente mencionada, escreveu OTTO MAYER que «o direito constitucional passa e o direito administrativo fica». Interpretada de várias formas, esta frase significava, rigorosamente, que as mudanças ou alterações do direito constitucional não implicavam, na realidade, substanciais transformações num ramo de direito a ele intimamente associado — o direito administrativo. A frase de O. MAYER passou, porém, a ser interpretada, em alguns escritos,

[10] Cfr. R. WAHL, *Der Vorrang der Verfassung,* cit; L. FAVOREU, "Uapport du Conseil Constitutionel au Droit Public", in *Pouvoirs,* 13, (1980), p. 17; RUBIO LLO-RENTE, "La jurisdiccion constitucional como forma de creación de derecho", *REDC,* 22 (1988), p. 9 ss.

como significando uma caracterização intrínseca do direito constitucional — um *direito descontínuo.*
A ideia de continuidade/descontinuidade do direito constitucional associa-se aos processos de mudança constitucional, significando basicamente o seguinte: existe *continuidade* quando uma ordem jurídico-constitucional que sucede a outra se reconduz, jurídica e politicamente, à ordem constitucional precedente; fala-se em *descontinuidade* quando uma nova ordem constitucional implica uma ruptura (revolucionária ou não) com a ordem constitucional anterior. A relação de descontinuidade existe entre uma constituição que se tornou efectiva e válida num determinado espaço jurídico-político e uma outra constituição que não foi obedecida quanto aos preceitos de alteração e revisão e, que, simultaneamente, deixou de ser válida e efectivamente vigente no mesmo espaço jurídico.
Estes conceitos de continuidade e descontinuidade formulados em termos jurídico-constitucionais são conceitos essencialmente formais *(continuidade ou descontinuidade formal),* pois tomam em conta, sobretudo, o procedimento e a forma de alteração constitucional. Se a nova ordem constitucional obedeceu aos preceitos da anterior constituição sobre alteração ou revisão da própria lei constitucional há *continuidade formal;* se a ordem constitucional posterior postergou os preceitos fixados na constituição anterior sobre o procedimento de alteração existe *descontinuidade formal.* A consideração de um critério exclusivamente formal levar-nos-á a falar da história constitucional portuguesa como uma história de descontinuidades ou de rupturas (a Constituição de 1822 rompe com a «Constituição monárquica»; a Carta Constitucional de 1826 não obedece aos critérios de revisão da Constituição de 1822; a Constituição de 1838 rompe com o procedimento de revisão da Constituição de 1826; a Constituição de 1911 emerge «revolucionariamente» da Revolução de 1911; a Constituição de 1933 fez tábua-rasa do procedimento de revisão fixado pela Constituição de 1911; o poder constituinte que se manifestou com a Revolução de 25 de Abril de 1974 em nada observou os processos de revisão estabelecidos pela Constituição de 1933) [n].

[11] Esta sucessão de descontinuidades ou de rupturas tem sido assinalada pela nossa doutrina constitucional. Cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* I, p. 245; *idem, A Constituição de 1976,* pp. 13 ss; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* 3ª ed., 1993, p. 15; MIGUEL GALVÃO TELES, «O problema da continuidade da ordem jurídica e a Revolução Portuguesa», in *BMJ,* n.° 345, (1985) p. 11 ss. Na doutrina estrangeira cfr. G. VEDEL, «Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit», in

2. Descontinuidade material
De descontinuidade formal e material fala-se, por vezes, quando, além da verificação de uma ruptura formal (descontinuidade formal) se verifica uma «destruição» (C. SCHMITT) do antigo poder constituinte por um novo poder constituinte, alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior. Neste sentido, alude--se, entre nós, a *descontinuidade material constitucional:* no momento do trânsito da monarquia absoluta para a monarquia constitucional (substituição do poder constituinte monárquico pelo poder constituinte nacional na Constituição de 1822); na restauração do poder constituinte monárquico na Carta Constitucional de 1826, e, conse-quentemente, descontinuidade em relação a 1822; no trânsito da monarquia para a República com a definitiva substituição do poder constituinte monárquico pelo poder constituinte democrático (nacional).
De descontinuidade material e formal pode ainda falar-se quando, não obstante se assistir à manifestação de um poder constituinte que reivindica o mesmo título de legitimidade do anterior, se verifica uma «ruptura formal» (descontinuidade) e uma «ruptura consciente» com o passado no plano dos princípios políticos constitucionalmente estruturantes. Servirá de exemplo a ruptura formal e material operada pela Revolução de 25 de Abril de 1976 relativamente à ordem constitucional de 1933: destruiu-se a Constituição de 1933 (descontinuidade formal) e o novo poder constituinte assenta num título de legitimidade democrática (expressa no e pelo pluralismo de forças constituintes representadas na Assembleia Constituinte) diferente do título de pretensa legitimidade democrática em que assentava a Constituição de 1933 (expresso na aprovação plebiscitaria do mesmo texto constitucional). Além disso, as propostas de uma «ordem justa» obedecem, na Constituição de 1976, a princípios estruturantes radical-mente antagónicos dos da Constituição do «Estado Novo» (ordem corporativo-autoritária em 1933 e ordem democrática em 1976).
3. Memória e tradição constitucional
O facto de o direito constitucional português ser um direito fundamentalmente descontínuo, no plano material e formal, isso não
Mélanges M. Waline, Paris, 1974; P. KIRCHHOF, «Die Identität der Verfassung in ihren unabànderlichen Inhalten», in ISENSEE/KIRCHHOF, (coord.), *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I, 1987, p. 775 ss.

significa que, no plano histórico, não haja elementos de continuidade material. Assim, por ex., a Constituição de 1976 insere-se numa das grandes correntes do constitucionalismo português — o constitucionalismo radical, democrático, progressista e revolucionário — representado no vintismo, no setembrismo e no republicanismo — e opõe-se à outra tradição constitucional — autoritária e conservadora — expressa, parcialmente, no cartismo e no corporativismo. Mas mesmo em relação a constituições inseridas em movimentos contramodernizadores e con-tra-revolucionários (como foram, em parte, o cartismo e o corporativismo) não há uma ruptura absoluta com o anterior ordenamento (tenha-se em vista a sobrevivência de alguns conceitos e soluções de 1933 no actual ordenamento constitucional como, por ex., a eleição directa do PR, o estatuto dos membros do governo, o poder legislativo do governo, a ratificação dos decretos-leis, as designações de «autarquias locais» e de «direitos, liberdades e garantias»), embora seja inequívoco existir uma descontinuidade formal e material (quer quanto ao poder constituinte quer quanto aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes).

4. Continuidade sociológica

As noções de continuidade e descontinuidade, formal e material, distinguem-se dos conceitos de continuidade e descontinuidade socio-logicamente entendidos. Neste último caso, o problema consiste em saber se, não obstante a existência de uma descontinuidade formal ou material no plano jurídico-constitucional, não há uma substancial continuidade no plano político-social. O problema é conhecido sob várias designações: dicotomia constituição-realidade constitucional, direito constitucional formal-direito constitucional material (constituição material). Costumam salientar-se aqui as duas principais manifestações da «continuidade»: (1) não actuação dos preceitos constitucionais transformadores («constituição não cumprida»); (2) permanência das forças de conservação, conducente à neutralização das «forças de ruptura» comprometidas na feitura do texto constitucional [n].

[12] O problema da continuidade-descontinuidade do direito constitucional é uma questão complexa que, como se pode depreender do texto, é susceptível de ser perspectivada sob ópticas muito diversas. Para uma visão predominantemente jurídico-formal, cfr., por ex., R. WALTER, *Òsterreichisches Bundesverfassungsrecht,* 1972, pp. 19 ss; para uma aproximação teorético constitucional, cfr., por ex., C. SCHMITT, *Verfassungslehre,* pp. 112 ss; no plano histórico-constitucional, cfr., por ex.. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte,* Vol. 6, Stuttgart/Berlin /Kõln/

IY__Flexibilidade e rigidez do direito constitucional

1. Distinção de J. BRYCE

Os Estados onde as chamadas «leis constitucionais» só diferem das outras leis pela matéria, mas não pela hierarquia, podendo ser modificadas em qualquer momento pela autoridade legislativa ordinária, como qualquer outra lei, diz-se que são estados de *constituição flexível* e, consequentemente, com direito constitucional caracterizado pela *flexibilidade;* os Estados em que as leis fundamentais designadas como constituição possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias e não são modificáveis pela autoridade legislativa ordinária, chamam--se estados de *constituição rígida.* Estes foram os termos em que J. BRYCE, em obra clássica, analisou a distinção entre o direito constitucional inglês (de constituição flexível) e o direito constitucional «mais moderno» de outros países com constituição rígida.

2. Abertura ao tempo e desenvolvimento constitucional

Esta dicotomia, coincidente, em larga medida, com a distinção entre constituição escrita e constituição não escrita, tem hoje um valor tendencialmente arqueológico: (1) a maior parte dos países possui constituição escrita, mas não com rigidez absoluta, antes com rigidez relativa (constituição semi-rígida); (2) o problema da flexibilidade ou rigidez do direito constitucional não se reconduz somente à susceptibilidade ou insusceptibilidade de alteração das leis constitucionais pelas leis ordinárias, mas a uma problemática muito mais vasta e complexa que é a da *abertura ao tempo* (BÀUMLIN) do direito constitucional e do consequente *desenvolvimento constitucional,* (O-BRYDE). O desenvolvimento constitucional significará, precisamente, o compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional.

Direito constitucional aberto ao tempo é aquele cuja constituição contém uma regulamentação deliberadamente incompleta («sistema

/Mainz, 1981, pp. 24 ss; no plano sociológico, cfr., por ex., MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* 10.ª ed., Vol. 1, Padova, 1975, p. 93. Para uma visão mais global entre direito positivo e mudança social, cfr., por todos, J. WEGE, *Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat,* Berlin, 1977, pp. 67 ss; BRUN-OTTO BRYDE, *Verfassungsentwicklung: Stabilitàt und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* 1982.

lacunoso», «constituição não é codificação»), de modo a permitir e garantir um espaço de liberdade para o antagonismo, compromisso e consenso pluralísticos. Consequentemente, muitas das suas normas são *normas abertas,* de modo a poderem ser preenchidas ou concretizadas de forma renovada e cambiante. O carácter «lacunoso e aberto» das normas surge, assim, como consequência do «compromisso constituinte», a favor da mudança democrática no quadro da própria constituição [13].

Direito constitucional aberto ao tempo é, em segundo lugar, um direito susceptível de alteração formal, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política e social («adaptação» «desenvolvimento constitucional»). Só neste segundo plano o problema da rigidez ou flexibilidade se conexiona com a existência de limites maiores ou menores (maiorias qualificadas, limites temporais, limites materiais) à revisão do direito constitucional formal.

3. Identidade da constituição

A dicotomia entre rigidez/flexibilidade não postula necessariamente uma alternativa radical; exige-se, sim, uma articulação ou coordenação das duas dimensões, pois, se, por um lado, o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas. Neste sentido se fala da *identidade da constituição* caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável [14].

Por vezes, a flexibilidade e rigidez do direito constitucional relaciona-se com o problema da *interpretação* das normas constitucionais (cfr., *infra,* Parte II, Capítulo 3.°, sobre as estruturas metódicas). Aqui, como se explicará adiante, os problemas surgem quanto à chamada interpretação «evolutiva» ou «actualística» que considera legítimo poder o intérprete das normas constitucionais «actualizá-las», a fim de

[13] Cf. Chr. Gusy, «Die Offenheit des Grundgesetzes», in *JOR,* n.° 29 (1988), p. 119; O-Bryde, *Verfassungsentwicklung,* 1982, p. 457. Cfr. as sugestões de Lucas Pires, *A Teoria da Constituição de 1976,* p. 149 ss.

[14] Cfr. Kirchhof, «Die Identitát der Verfassung in ihren unabanderlichen Inhalten», in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I, p. 776 ss.

adaptar o texto ao mutável clima histórico-social dos princípios e valores fundamentais positivados na constituição [15].

V — O direito constitucional como «ciência normativa da realidade»

O desenvolvimento do estudo do direito constitucional será aqui feito sob uma perspectiva de *ciência da realidade que não é positivista nem antipo-sitivista.*

Rejeita-se, desde logo, o modelo do *positivismo jurídico* estadual com os seus axiomas fundamentais: (a) a norma constitucional identificando com o texto; (b) a ordem constitucional entendida como sistema logicamente fechado; (c) a aplicação de normas pelo juiz compreendida como um processo lógico--cognitivo, reconduzível ao silogismo jurídico. Tal como se rejeita o chamado «método jurídico» do positivismo estadual, também se deixa claro que as funções sociais de tal positivismo estão em manifesta discrepância com o direito constitucional de um Estado de direito democrático. O posivismo jurídico-estadual e a forma de Estado que lhe está associada-o Estado de direito formal-obedecia à estratégia da burguesia no sentido de se alicerçar o fundamento burguês do Estado bem como a distribuição conservadora da ordem de bens existente, impedindo a sua inversão no sentido de fins sociais e excluindo qualquer crítica intrínseca à ordem social e política existente. Além disso, através da garantia de distanciação perante o Estado, ocultava-se, conscientemente, a possibilidade de concentração de poderes não estaduais e a aceitação de um poder político autoritário.

Exclui-se, também, o modelo do *positivismo sociológico* que concebe jurídico-sociologicamente a norma como *facto,* isto é, despreza a especificidade normativa para, de forma mais ou menos elaborada, reduzir a norma a um simples esquema de ordenação resultante de situações fácticas. Considerando-se a norma constitu-cional como um modelo de ordenação do qual não se excluem os dados da «realidade» (domínio ou âmbito normativo), logo se conclui não poder estar a ciência do direito constitucional «alheia» à realidade nem poder «isolar-se» dos dados empíricos e factuais captados por outras ciências (Ciência Política, Sociologia). Existe, porém, uma *differentia*

[15] No plano intertextual, considera-se de grande utilidade a leitura da obra clássica de James Bryce mencionada no texto. Cfr. J. Bryce, «Flexible and Rigid Constitutions», in *Studies in History and Jurisprudence,* 1901. A polaridade dos elementos rigidez-flexibilidade é reiteradamente afirmada por K. Hesse, *Grundzuge,* cit., pp. 9 ss; «Das Grundgesetz in der Entwicklung», cit., p. 18. Na doutrina italiana, cfr. F. Pergolesi, «Rigidità e elasticità delia costituzione italiana», in *RTDC,* 1959, pp. 44 ss; Lavagna, *Costituzione rigide,* Milano, 1974. Entre nós, cfr., por último, Jorge Miranda, *Manual,* II, pp. 122 ss. No direito brasileiro, cfr. C. A. Bandeira de Melo, *Teoria das Constituições Rígidas,* S. Paulo, 1980. Por último, cfr. Chr. Gusy «Verfassungspolitik zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik».

specifica entre uma disciplina da realidade normativamente orientada, como é o Direito Constitucional, e uma ciência político-sociologicamente determinada, como é o caso da Sociologia Política ou da Ciência Política empírico-analítica. Para o Direito Constitucional a realidade é considerada e valorada sob o ponto de vista do programa normativo; para a Sociologia Política ou Ciência Política a norma só é tomada em conta na medida da sua relevância sob o ponto de vista da análise empírica (GRIMM).
A perspectiva metodológica aqui adoptada também não é *antipositivista,* antes assenta na normatividade da Constituição da República Portuguesa de 1976. Fundamentalmente, adopta-se um ponto de partida normativo, pois é a Constituição (as normas *postas* pela Constituição) que regula e estabelece os princípios jurídicos e os princípios políticos fundamentais, que modela as instituições, que garante direitos e deveres, que impõe fins e tarefas. A ciência do direito constitucional trabalha a partir do direito positivamente normado (não a partir de valores, de decisões, de problemas ou de factos independentes das normas).
Consequentemente, é a partir das normas jurídico-constitucionais que se deve captar a *normatividade,* ou seja, o *processo* (não qualidade de normas) regulativo. Cfr. *infra,* Parte II, Cap. 3.°[16].

VI — O direito constitucional e a legitimidade do poder político

Acentuou-se, nas páginas anteriores, que a ciência do direito constitucional, hoje, não é positivista nem antipositivista: é uma ciência assente na *positividade e normatividade do direito constitucional.* Isto não significa qualquer posição agnóstica ou relativística perante *a fundamentação* do próprio direito constitucional. Adiantar-se-ão apenas alguns tópicos explicitadores da pré-compreensão subjacente ao *discurso* desenvolvido ao longo do presente curso:

(1) A orientação metódica assente na positividade e normatividade pressupõe necessariamente a *legitimidade da ordem constitucional*[17] (cfr. *supra,* Parte I, cap. 4.°).

(2) Por legitimidade entende-se aqui a *dignidade de reconhecimento,* como *justa e correcta,* de uma determinada *ordem de domínio,* (J. HABERMAS); (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4.°).

(3) A legitimidade do Estado democrático-constitucional reclama simultaneamente uma *legitimidade material* e uma *legitimidade processual.* O *processo* de fixação de um ordenamento jurídico-constitucional é uma dimensão importante da legitimidade, porque os problemas de distribuição dos bens, de formação de vontade política, de determinação de actos estaduais, não se compadecem nem com legitimidades transcendentes ou ontológicas nem

[16] Cfr. G. MÚLLER, *Juristische Methodik,* 3.ª ed., 1988, p. 176; MORLOCK, *Was heisst,* cit., p. 60 ss; GOMEZ ORFANEL, «Nocion dei Derecho Constitucional», in *Estado e Direito, 389,* p. 67.

[17] Cfr. também R. WAHL, *Der Vorrang des Grundgesetzes,* p. 117 ss.

com qualquer processo arbitrário ou ditatorial de decisão *{exigência de um processo democrático).* Por outro lado, é indispensável a legitimidade material, pois uma ordem constitucional aspira à *credibilidade como ordem justa,* no sentido de que estabelece «estruturas básicas de justiça» assentes na força consensual e compromissória dos actos de domínios.
A legitimidade processual aponta, no Estado constitucional, para o problema do *poder constituinte:* quem tem direito de fixar as regras fundamentais da titularidade e exercício do poder? A legitimidade material aponta, por sua vez, para a transparência dos princípios, fins e programas a estabelecer na constituição e para a necessidade destes princípios se converterem em *princípios básicos de justiça* de uma «sociedade ordenada» (J. Rawls). Uma ordem constitucional democrática será, por conseguinte, uma *ordem legítima* quando o processo de formação e de decisão política, desenvolvido segundo regras formais de procedimento, se orienta para a «realização» de pretensões básicas da justiça. O domínio político justifica-se, deste modo, através de um «processo misto» de *racionalidade formal e material* (Vorländer).
Repare-se que no texto estão implícitos dois problemas distintos: (1) o da possibilidade de conhecer o justo como tal; (2) o das formas e possibilidades de concretização do justo. O primeiro problema reconduz-se ao tema nuclear de todo o direito — *a fundamentação e validade de uma ordem jurídica* — e, por conseguinte, ao problema da *base valorativa* do direito constitucional; o segundo traduz-se não em conhecer a «essência» ou «ideia do justo», mas em discutir as possibilidades de concretização dos princípios de justiça numa ordem constitucional democrática. Os propósitos são aqui apenas os propósitos modestos de uma «teoria de alcance médio» que não pretende «revelar» os critérios de justiça válidos para os estados modernos, antes procura limitar-se a discutir as formas de *concretização* da justiça numa ordem constitucional concreta. A tarefa de concretização do «justo» implica, nesta perspectiva, uma actividade mediadora a partir das *bases de valoração constitucionais* (expressas em princípios, normas, programas e direitos constitucionais). Quanto ao problema do conhecimento do justo que deve informar as estruturas de domínio parecem--nos mais operacionais as teorias contratualistas e as teorias do consenso
— consenso político-normativamente ordenador dos princípios básicos de justiça
— do que as concepções ontológico-imanentistas e jusnaturalistas.
Com base nestas ideias, poder-se-á dizer que as bases de valoração eventualmente contidas em normas-programa e normas-fim não são o critério do justo, mas constituem formas possíveis de concretização do «justo». Em sentido diferente, cfr. Castanheira Neves, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais,* Coimbra, 1983, sobretudo, pp. 467 ss.
Diferentemente de Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador,* Coimbra, 1983, p. 297, consideramos o consenso e o compromisso, normativo-materialmente entendidos, como um ponto de partida válido para fundamentar a ordem jurídico-constitucional. Baptista Machado salienta que o ponto de vista defendido no texto, ao partir do pressuposto segundo o qual «a melhor organização do Estado seria aquela que optimizasse o conhecimento e a realização prática daquele escopo de direito justo enquanto escopo emancipa-tório, assenta na teoria do consenso como critério da verdade, não podendo este critério — enquanto facto — fundamentar a verdade e a justiça de qualquer norma». Todavia, o consenso político-normativamente ordenador não é um

simples facto — é um consenso com uma intencionalidade axiológico-comu-nitária. Sobre esta problemática cfr. LADEUR, «Konsenstrategien statt Verfas-sungsinterpretation», in *Der Staat,* 1982, p. 391 ss; MORLOCK, *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie,* 1988, p. 91, que se refere à constituição como «reserva de justiça» *(Gerechtigkeitsreserve)* e SCHULTE-FIELTTZ, *Theorie und praxis parlamentarischer Gesetzgebung,* 1988, p. 227, que alude também a uma «justiça constitucional» *(Verfassungsgerechtigkeit, Verfas-sungsvertraggerechtigkeit*).

C | *DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIAS AFINS*

I — As ciências constitucionais

Por «ciências constitucionais» entendem-se aquelas disciplinas cujo objecto de compreensão e investigação é, imediatamente, nos seus aspectos fundamentais, o direito constitucional e a constituição [18].

1. Doutrina do Direito Constitucional

Por Doutrina do Direito Constitucional considera-se a disciplina juridico-científica que tem como objecto o estudo do direito constitucional vigente em determinado país. A tarefa principal da doutrina do direito constitucional consiste na investigação, compreensão e extrin-secação daquilo que, com base no direito constitucional positivo, é considerado como jurídico-constitucionalmente vinculante. Uma Doutrina do direito constitucional reconduz-se ao estudo da ordem constitucional global ou de parte dessa mesma ordem (sistemática do direito constitucional), com o objectivo de investigar e captar, sob uma perspectiva jurídico-constitucional, as soluções constitucionais de um determinado problema concreto (metódica do direito constitucional).

[18] Deixa-se aqui em aberto saber quais são os «elementos constitutivos» de uma ciência e como ela se distingue de outras «ciências afins» (objecto, fim, teorias e métodos). Cfr. por ex., G. RADNITZKY, «Das Problem der Theoriebewertung», in *Zeitschrift fiir die Allgemeine Wissenchaftstheorie,* 10 (1979), p. 67 ss; KRAWIETZ, «Theorieintegration oder Theoriesubstitution in der Jurisprudenz», in *Recht ais Regelssystem,* 1984, p. 200.

2. Teoria da Constituição

Não obstante continuar a ser discutido o «lugar» teorético--científico da chamada «Teoria da Constituição» *(Verfassungslehre,* na terminologia alemã), pode afirmar-se que esta ciência constitucional se assume, fundamentalmente, como *teoria política do direito constitucional* e *como teoria científica da dogmática de direito constitucional* (MORLOCK), pertencendo-lhe discutir, descobrir e criticar os limites, as possibilidades e a força normativa do direito constitucional. A ela incumbe descrever, explicar e refutar os seus fundamentos ideais e materiais, as suas condições de desenvolvimento, pondo em relevo as complexas relações entre a constituição e a realidade constitucional. Esta última tarefa — descrição e explicação da realidade constitucional sob o ponto de vista das relações entre realidade (constituição real) e direito constitucional formal — é considerada como um dos elementos caracterizadores do estatuto da Teoria da Constituição. Trata-se de uma ciência de charneira entre a Doutrina do Direito Constitucional (dirigida fundamentalmente ao estudo de uma ordem jurídico-constitucional positiva) e a Ciência Política (que capta as normas constitucionais sob um ponto de vista empírico-analítico ou, pelo menos, sob um ponto de vista diferente do jurídico-normativo). Tal como o direito constitucional, a teoria da constituição desenvolve-se tendo em conta a estrutura e função das normas constitucionais mas, de uma forma muito mais acentuada que ele, mantém uma permanente abertura para a realidade constitucional. Do mesmo modo que a Ciência Política, não descura a importância dos «factos» políticos para o estudo do processo de realização das normas, mas, diferentemente dela, não se limita a considerar a norma como «empiria», procurando fazer uma explicação e compreensão teorética da mesma.

Finalmente, a teoria da constituição serve para a *racionalização da pré-compreensão* do intérprete das normas constitucionais. Sendo hoje quase indiscutido o significado central da pré-compreensão na obtenção dos resultados colhidos mediante a interpretação das normas constitucionais, à Teoria da Constituição — como ciência de explicação, crítica e refutação — pertence evitar que os preconceitos (jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos, éticos) acabem por afectar o trabalho de aplicação do direito, segundo regras racionais e funda-mentais[19].

[19] A caracterização da Teoria da Constituição nos termos anteriores procura ter em conta as mais recentes discussões sobre o status teorético e científico desta

Embora incidentalmente, foi referido já o importante contributo que a chamada *Verfassungslehre (Teoria da Constituição)* pôde dar para a superação da crise do constitucionalismo liberal. A Teoria da Constituição é, de certo modo, um produto dessa crise e uma reacção contra ela. A crise do positivismo jurídico; a crise do Estado Liberal e as censuras dirigidas contra a degenerescência das estruturas constitucionais liberais; o aparecimento dos regimes nazi--fascistas; a necessidade de uma noção de constituição material que conseguisse abarcar, compreender e explicar a realidade constitucional tudo isso levou alguns autores a uma recusa frontal do positivismo e normologismo vazios, que limitavam a compreensão da constituição e dos problemas constitucionais à interpretação e aplicação da lei constitucional positiva.
À Teoria da Constituição estão ligados os nomes de HELLER [20], SCHMITT [21] e SMEND [22]. A partir da década de 50, voltam a renovar-se os estudos da Teoria da Constituição (LOEWENSTEIN, SCHEUNER, KRUGER, HERMENS, EHMKE). Mantendo válida a necessidade de considerar atentamente o conteúdo político do Direito Constitucional e as suas condicionantes sócio económicas, os teorizadores da constituição tentam, baseados num relativo consenso das forças antifascistas sobre o *minimum* constitucional, a equacionação do velho problema das relações entre a constituição e a realidade constitucional. A semelhança do que tinha já acontecido na época da República de Weimar, os moder-
disciplina. Cfr. K. HESSE, *Grundzuge,* pp. 3 ss; FRIEDERICH, *Verfassung. Beitrãge zur Verfassungstheorie,* Darmstadt, 1978, pp. 7 ss; F. MOLLER, *Juristische Methodik,* p. 189; SGHLINK, «Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissens-chaftstheorie», in *Rth,* 1976, pp. 94 ss. Por último cfr. MORLOCK, *Was heisst...* cit., p. 50 ss, que caracteriza a Teoria da Constituição como uma «teoria complexa», uma «meta-teoria», uma «ciência normativa», uma «teoria orientada para a realidade social».
[20] A obra de HELLER, *Staatsrecht,* surgida em 1934, é de fundamental importância, porque este autor, embora polemizando contra a concepção meramente jurídico-normativa do Estado, não deixou de combater frontalmente o decisíonismo de Schmitt, e de defender vigorosamente uma *teoria democrática* do Estado. Assim, na conhecida obra, *Europa und der Fascismus* (1928), denuncia o formalismo jurídico de Kelsen «para quem todo o Estado é, naturalmente, um Estado jurídico, porque o direito é, independentemente dos valores e realidade, uma forma autónoma para um qualquer conteúdo», e considera SCHMITT como um dos corifeus da reacção contra a democracia social de massas: «Cari Schmitt, na Alemanha, partindo do sorelismo francês, do nacionalismo e do catolicismo, ataca em brilhantes escritos a democracia liberal, declara morto espiritual e historicamente o parlamentarismo e proclama como democracia a ditadura fascista.»
[21] Na obra *Verfassungslehre* (1928), desenvolve CARL SCHMITT uma Teoria da Constituição centrada sobre categorias nominalistas como «ordem total», «ordem concreta», «direito-situação», «constituição-decisão», que viria a servir de travejamento e suporte dogmático à teoria do Estado e do direito nacional-socialista. Cfr., por último, o excelente trabalho de P. LUCAS VERDU, "Cari Schmitt, Interprete singular y Máximo Debelador de la Cultura Politico-Constucional Demoliberal", in *Revista de Estúdios Políticos,* 64 (1989), p. 25 ss.
[22] Cfr. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht,* Múnchen, Leipzig, 1928.

nos representantes da Teoria da Constituição procuram revitalizar a dogmática constitucional através de uma constante abertura para a realidade constitucional. Neste ponto, é particularmente visível a adesão de alguns autores ao *approach da political science* americana.

3. História Constitucional

A História Constitucional estuda a evolução do direito constitucional *(história do direito constitucional)* e da constituição material *(história constitucional em sentido amplo),* abrangendo a história das instituições. Enquanto a doutrina do direito constitucional estuda uma ordem constitucional concreta, positiva e vigente, a História Constitucional preocupa-se, sobretudo, com ordenamentos constitucionais que deixaram de ter vigência e validade jurídica formal (mas há também história do direito constitucional vigente), de forma a compreender e explicar as primeiras manifestações do direito constitucional — quer escrito quer eventualmente praticado — de determinados períodos históricos [23].

4. Política Constitucional

A Política Constitucional preocupa-se com a definição de conceitos e estratégias, tendo em vista uma futura alteração do direito constitucional vigente *(política de direito constitucional)* e da própria realidade constitucional *(política constitucional).* Consequentemente, à política constitucional pertence: (1) discutir e explicar os fins, os meios e os resultados a obter com as suas propostas de modificação constitucional *(política constitucional como análise de fins, meios e resultados);* (2) criticar e desenvolver estratégias de acção com a

[23] A ideia de história constitucional sugerida no texto aponta para «autonomia regional» da história constitucional dentro da história social e para a necessidade de compreender a história constitucional como uma «história da constituição real», isto é, como *história institucional ou social do direito.* Trata-se de acolher aqui a perspectiva metodológica de A. Hespanha, *História das Instituições,* Coimbra 1982, Pp. 11 ss, e de rejeitar a concepção redutora de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* 1, p. 27, que parece reduzir a história constitucional à história do direito constitucional formal, afastando do seu âmbito a história das instituições. Cfr. também H. Boldt, *Einfuhrung in der Verfassungsgeschichte,* 1984, p. 119, ss.

finalidade de obtenção de resultados práticos de conformação constitucional *(política constitucional como proposta de acção política)* [24].

5. Direito Constitucional Comparado

Por ciência do Direito Constitucional Comparado entende-se a ciência que estuda, descreve e explica vários sistemas constitucionais positivos, tentando captar as suas dimensões fundamentais e os seus traços unificadores e compreensivos *(Ciência do Direito Constitucional Comparado).*

Repare-se, porém, que qualquer das ciências constitucionais anteriormente referidas — doutrina do direito constitucional, história constitucional, teoria da constituição e política constitucional — pode ser objecto de estudos comparados (comparatística), motivo pelo qual se fala não apenas de Ciência do Direito Constitucional Comparado mas de *Ciências Constitucionais Comparadas* [25].

II — As Ciências Afins do Direito Constitucional[26]

Nas considerações antecedentes foram já referidas algumas disciplinas cujas relações com o Direito Constitucional interessa precisar, embora de forma relativamente sintética. Essas disciplinas são designadas, algumas vezes, como «Ciências Afins» do Direito Constitucional.

[24] As noções e problemas de política constitucional podem estudar-se em D. Grimm, «Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik» in *PVS,* 1978, pp. 275 ss: P. Lucas Verdu, *Princípios de Ciência Política,* Vol. II, Madrid, 1973, pp. 181 ss.

[25] Deixam-se aqui silenciados alguns problemas suscitados pela *Ciência da Comparação e do método comparado.* Para algumas indicações, cfr., entre nós, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* 1, pp. 26 ss; A. Marques Guedes, *Ideologia e sistemas políticos,* Lisboa, 1981, p. 23. Para uma discussão mais aprofundada, cfr. Biscaretti Di Ruffia, *Introduzione ai Diritto Costituzionale Comparato,* 4." ed., 1980 (há trad. esp. de M. Fix Zamudio, México/Buenos Aires/Madrid); G. Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato,* 3.ª ed., Padova, 1990 (há trad. esp. de P. Lucas Verdu, Madrid, 1983); Sacco (org.), *Gli apporto delia comparazione alia scienza giuridica,* Bologna, 1978; M. Cappelletti/W. Cohen, *Comparative Constitutional Law,* Indianapolis, 1979.

[2(' Sobre toda esta matéria, cfr., entre nós, Jorge Miranda, *Manual,* I, pp. 18 ss.

A esta designação nada teríamos a opor se ela pretendesse ser apenas um *Oberbegriff* (superconceito), aglutinador de todas as ciências que versam, com métodos ou perspectivas diferentes, os problemas constitucionais, ou se referem a questões (políticas, históricas, económicas e sociais) de relevante interesse para a doutrina do Direito Constitucional. Todavia, nesta fórmula aparentemente inócua — Ciências Afins — está pressuposta uma concepção do direito e um modo de conhecer o direito que nós repudiamos. É o Direito Constitucional reduzido a um conjunto de normas constitucionais e purificado de todos os elementos não jurídicos (históricos, sociológicos, políticos), elementos estes que seriam só estudados nas chamadas Ciências Afins. Isto, por um lado. Por outro lado, a separação rígida entre Direito Constitucional e Ciências Afins é, muitas vezes, indício seguro da adopção de uma *perspectiva* meramente *epistemológica* no conhecimento do direito. Significa isto que o «direito» é considerado como simples *objecto* de conhecimento, que o jurista tem só uma intenção de ciência (é apenas o sujeito de um conhecimento), e que esse seu conhecimento se distingue dos conhecimentos próprios de outras ciências somente pela especialidade.

Esta perspectiva (que se repudia, embora seja talvez dominante), ao reduzir o jurista a «mero cientista» ou técnico de normas, além de justificar muitas sobrevivências do positivismo, acentua uma indiferença, neutralidade ou agnosticismo do jurista perante o objecto do seu conhecimento, manifestamente inaceitáveis [27].

1. Teoria Geral do Estado

Não obstante a problematicidade do objecto, método e forma de conhecimento, a Teoria Geral do Estado é ainda hoje compreendida como o estudo do que respeita ao «Estado em si», como fenómeno da história política e da vida social. De um modo geral, ela procura captar as características do Estado, o seu aparecimento e transformação, as várias formas de Estado, as ideias sobre o Estado e os fins do Estado.

Inicialmente, os propósitos de uma Teoria Geral do Estado eram os de teorizar sobre «tudo» o que diz respeito ao Estado de «todos» os Estados, independentemente do tempo, espaço e condicio-nalismos sociais (a Teoria Geral do Estado como teoria da «Ciência do Estado») [28]. A Teoria Geral do Estado, ao pretender captar o «ser

[27] Cfr. sobre as diferentes perspectivas do estudo do direito Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito,* polic, 1971-1972, p. 8.

[28] As orientações mais recentes reduzem tendencialmente o «campo teórico» desta disciplina: H. Kruger, *Staatslehre,* pp. 83 ss, considera apenas o «Estado moderno» como objecto desta disciplina; R. Herzog, *Allgemeine Staatslehre,* Frankfurt/M, 1971, p. 35, limita a sua Teoria Geral aos «modernos Estados de caracterização democrática»; M. Kriele, *Einfiihrung in die Staatslehre,* 1975, p. 11,

do Estado» (H. KRÚGER) OU a essência do Estado (ERMACORA) corre o risco de se transformar numa ciência «estatista» e «a-histórica», com falsas generalizações e «descontextualizações».

2. Direito do Estado

Por *Direito do Estado* compreende-se hoje a disciplina que estuda o complexo de normas de direito público respeitantes aos princípios estruturantes do Estado, à sua organização e funcionamento, e às relações fundamentais entre o Estado e os cidadãos. Para a caracterização do Direito do Estado, utilizam-se conjuntamente três critérios: (1) o *critério formal* toma sobretudo em conta o «criador» das normas («quem faz o direito do Estado», respondendo se em geral que o Direito do Estado é um *direito estadualmente legislado;* (2) o *critério dos destinatários,* porque o Direito do Estado se dirige aos órgãos do Estado («a quem se aplicam as normas do Direito do Estado»); (3) *critério material ou funcional,* pois as normas integradas no Direito do Estado regulam a ordem fundamental do Estado.

As relações do Direito do Estado com o Direito Constitucional podem caracterizar-se assim: (a) o Direito do Estado inclui no seu estudo as normas que fixam a competência do Estado, organizam as instituições estaduais e definem as tarefas do Estado, mas não se limita a ser (nem é) um estudo *jurídico* das normas do Estado, nem restringe o seu âmbito extensional às normas do Estado, pois abrange questões de política, sociologia, história (b) o Direito do Estado inclui o estudo de normas de direito constitucional que dizem respeito à organização e funcionamento dos órgãos do Estado (e, nesta medida,

refere-se apenas aos «Estados constitucionais democráticos»; THOMAS FLEINER GERSTER, *Allgemeine Staatslehre,* Berlin, 1980, p. 3, refere-se «às questões com que se defrontam os homens de hoje»; H. M. von ARNIM, *Staatslehre der Bundesrepublik,* Miinchen, 1984, p. 2, concentra-se sobre «uma comunidade estadual concreta — a República Federal da Alemanha». Por sua vez, ERMACORA fornece-nos uma Teoria Geral do Estado como uma «comparação de sistemas da sociedade industrial ocidental». Cfr. ERMACORA, *Grundriss einer Allgemeinen Staatslehre. Systemausgleich in der westlichen Industriegesellschaft,* Berlin, 1979. Entre nós, cfr. o estudo de Rui MACHETE, «A Teoria Geral do Estado em Portugal nos últimos vinte anos», in *O Direito,* n.° 97, pp. 93 ss. Por último, cfr. MORLOCK, *Was heisst,* cit., p. 25 ss; G. GOMEZ ORFANEL, "Nocion dei Derecho Constitucional", in *Estado e Direito,* 3/89, p. 39 ss.

o Direito do Estado é Direito Constitucional e o Direito Constitucional e Direito do Estado), mas inclui também o estudo de normas constantes de simples diplomas legais (ex.: lei da nacionalidade, leis eleitorais, leis sobre a organização do governo, regimentos parlamentares. Desta forma, o Direito do Estado é mais extenso que o Direito Constitucional, pois nem todas as normas jurídicas disciplinadoras do Estado estão ou devem estar plasmadas na Constituição; por outro lado, existem problemas constitucionais regulados não reconduzíveis a problemas do Direito do Estado (ex.: normas sobre direitos fundamentais, direito municipal).

O problema da delimitação extensional depende, no fundo, da noção de direito constitucional (e de constituição) concretamente utilizada: o *direito constitucional formal* abrange apenas as normas com forma e força constitucional, e, neste caso, os termos da distinção são claros, pois o Direito do Estado abrange também normas referentes ao estudo de normas de natureza infraconstitucional; já, pelo contrário, o *direito constitucional material* engloba normas materialmente constitucionais (ao lado das normas formalmente constitucionais), sendo, nesta hipótese, praticamente idênticos o âmbito do Direito do Estado e o âmbito do Direito Constitucional. Em qualquer caso, o Direito Constitucional é o domínio central do Direito do Estado (K. STERN), motivo pelo qual alguns autores consideram haver identidade de objecto entre os dois direitos [29].

3. Ciência Política

Não é fácil hoje dar uma definição de Ciência Política nem precisar o seu objecto e método de investigação. Fala-se, antes, de *pluralidade* de perspectivas teoréticas subjacentes às várias orientações da

[29] As considerações do texto acolhem as sugestões da mais recente literatura sobre Direito do Estado e Direito Constitucional. Cfr., por ex., K STERN, *Das Staats-recht der Bundesrepublik Deutschland,* Vol. I, 2.ª ed., Miinchen, 1984;. V. MÚNCH, *Grundbegriffe des Staatsrechts,* Vol. I, Stuttgart/Berlin/Kõln/Mainz, 979, p. 17 ss.; E. STEIN, *Staatsrecht,* 6.ª ed., Túbingen, 1976; MAUNZ/ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht,* 23.ª ed., Miinchen, 1983, ISENSEE/KIRCHHOF, (org) *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I, Heidelberg, 1987; P. LUCAS VERDU, *Curso de Derecho Político,* 2.ª ed., Vol. I, Madrid, 1976; PAULO BONAVIDES, *Direito Constitucional,* Rio de Janeiro, 1980, pp. 8 ss.

Ciência Política: (a) a *perspectiva ontológico-normativa* remonta às tradições da filosofia prática e da filosofia política, procurando captar os fins e os bens prosseguidos pela actividade política (ou que devem ser prosseguidos), falando-se assim em *ciência normativa da política;* (b) *perspectiva empírico-analítica* que transfere para a análise dos fenómenos políticos os postulados do conhecimento científico (verificabilidade, sistema, generalidade), procurando explicar a realidade política de uma forma descritiva e neutral; (c) *perspectiva dialéctico-histórica* (também chamada, por vezes, «Ciência Política Crítica») que pretende analisar o político e a política baseada numa teoria da sociedade e numa teoria da história, de forma a tornar transparente os fenómenos do domínio político (Estado, luta de classes, totalidade social, aparelhos ideológicos e repressivos, etc.)[30].

[30] Para outros desenvolvimentos sobre a história de Ciência Política cfr. as anteriores edições deste *Curso de Direito Constitucional.*

A síntese do texto sugere a existência de três conceitos de teoria subjacentes à Ciência Política, que os autores designam de formas diversas. Cfr., por ex., W. DIETER NARR, «Logik der Politikwissenschaft. Eine propàdeutische Skisse», in G. KRESS/ /D. SENGHAAS, *Politikwissenschaft,* Frankfurt/M. 1972, pp. 26 ss., que fala de uma variante teórica «essencialístico-histórica», de uma «teoria dedutivo-empírica» e de uma teoria «histórico-dialéctica».

CAPITULO 2

A ESTRUTURA SISTÉMICA: A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Sumário

D) TEXTURA ABERTA E POSITIVIDADE CONSTITUCIONAL

Indicações bibliográficas

A) INTERTEXTUALIDADE

CANARIS, C. W. — *Systemdenken und Systembegrijf in der Jurisprudenz, 2."* ed., Berlin,
1983 (trad. port. de MENEZES CORDEIRO, Lisboa, 1989). ENGISCH, K. — *Einfuhrung in das Rechtswissenschaft,* 6." ed., Stuttgart/Berlin/Kóln/
/Main, 1975 (há tradução port. de João Baptista Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico).* LARENZ, K. — *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* 5." ed., Berlin/Heidelberg/New
York, 1985, pp. 458 ss. (Há traduções espanhola e portuguesa). LUHMANN, N. — *Rechtssystem und Rechtsdogmatik,* Stuttgart/Berlin/Kóln/Mainz, 1974
(há trad. espanhola de J. de Otto de Pardo, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica,*
Madrid, 1983). NEVES, A. C. — «A Unidade do Sistema Jurídico», in *Estudos de Homenagem ao Professor Teixeira Ribeiro,* Vol. II, Coimbra, 1979.

B) BIBLIOGRAFIA ESPECIFICA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ALEXY, R. — *Theorie der Grundrechte,* 1985
BARTOLE, S. — «Principi di diritto (Dir. Cost.)» in *Enciclopédia dei Diritto,* XXXV.
BONAVIDES, P. —*Direito Constitucional,* Rio de Janeiro, 1980, p. 182 ss.
BIN, R. —*Atti Normativi e Norme Programmatiche,* Milano, 1988.
CANOTILHO, J. J. G. — *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* Coimbra, 1982.
CONTIADES, J. — *Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen,* Stuttgart, 1967. COSTA, J. M. Cardoso da — «A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais», BMJ, segs. n.° 356.

LUCAS VERDU, P. —*Estimativa y Política Constitucionales,* Madrid, 1984. GUSY, Ch. — «Die Offenheit des Grundgesetzes», in *JÓR,* 33 (1989), p. 109 ss. CRISAFULLI, V. — «Norme programmatiche delia costituzione», in *Le Costituzione e le sue dispozioni de principio,* Milano, 1952, reproduzido em *Stato, Popolo, Governo,* Milano, 1989. GARCIA, de Enterria *La constitución como norma y el tribunal constitucional, 2."* ed., Madrid, 1982.
GRAU, E. R. —*A Ordem económica na constituição de 1988,* S. Paulo, 1990. MIRANDA, J. — *Manual,* II, p. 223 ss. MÚLLER, F. —*Die Einheit der Verfassung,* Berlin, 1979. NIETO, A. — «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», in *RAP,* 100-102 (1983), p. 311 ss. RUSSOMANO, R. — «Das normas constitucionais programáticas», in *Tendências Actuais do Direito Público,* Estudos de Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco, Rio de Janeiro, 1976, pp. 267 ss. SCHEUNER, U. — «Staatszielbestimmungen», in *Festschrift fiir E. Forsthoff,* 1972, pp. 325 ss.
— «Normative Gewährleistung und Bezugnahme auf Fakten in Verfassungstext», in *Festschrift fiir H. U. SCUPIN,* 1973, pp. 323 ss. SILVA, J. A. —*Aplicabilidade das normas constitucionais, 2."* ed., S. Paulo, 1982.
— *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 5.ª ed., S. Paulo, 1989. SCHMID, G. — «Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung», in EICHENBERGER (e outros), *Grundfragen der Rechtssetzung,* Basel, 1978, pp. 317 ss. STERN, K. —*Staatsrecht,* I, pp. 96 ss. (Há trad. espanhola). WARAT, L. — *O direito e a sua linguagem,* Porto Alegre, 1988, p. 76 ss. ZAGREBELSKY, G. —*II Sistema costituzionale dellefonti deli'diritto,* Torino, 1984.

A| *O PONTO DE PARTIDA — SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS*

I — O «acesso» ao ponto de partida

No presente capítulo procurar-se-á lançar as bases da compreensão dogmática do direito constitucional. Convém, por isso, adiantar o ponto de partida fundamental para a compreensão dos desenvolvimentos seguintes: o *sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios.* Este ponto de partida carece de «descodificação»:

(1) — é um sistema jurídico porque, como atrás se referiu, (cfr., *supra,* Parte I, cap. 2.°) é um sistema dinâmico de normas;

(2) — é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica,* (CALIESS) traduzida na disponibilidade e «capacidade de aprendizagem» das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da «verdade» e da «justiça»;

(3) — é um *sistema normativo,* porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas* [1]*;*

(4) — é um *sistema de regras e de princípios,* pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras* [2].

II — Princípio e regra no direito constitucional

Salienta-se, na moderna constitucionalística, que à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas

[1] Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie,* p. 80; *Gesellschaftsstruktur und Semantik,* vol. II, p. 42 ss.

[2] Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 71 ss. No direito brasileiro cfr. EROS ROBERTO GRAU «Os princípios e as regras jurídicas», in *A Ordem económica na constituição de 1988 (interpretação e crítica),* S. Paulo, 1990, p. 92 ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 5.ª ed., S. Paulo, 1984, p. 82 ss. Para

constitucionais. Ao mesmo tempo, aponta-se para a necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa. É o que se vai fazer em seguida.

1. Normas, regras e princípios

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios (Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz).* Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir:

(1) — as regras e princípios são duas espécies de normas;

(2) — a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre
duas espécies de normas[3];

2. Regras e princípios

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a) Grau de obstracção: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida [4].

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa[5].

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estru-turante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito)[6].

o conceito de sistema cfr., por todos, CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito,* Lisboa, 1989, p. 25 ss.

[3] Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* p. 53; ALEXY, *Theorie der Grund-rechte,* p. 72; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff,* 1982, p. 132 ss.; DREIER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* 1986, p. 26; WIEDERIN, «Regel-Prinzip-Norm», in PAULSON/WALTER, (org.) *Untersuchungen zurReinen Rechtslehre,* 1986, p. 137 ss.

[4] Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm,* p. 51; LARENZ, *Richtiges Recht,* p. 26, que, de resto, se revelam críticos quanto a este critério de abstracção.

[5] Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm,* cit. p. 51; LARENZ, *Richtiges Recht,* p. 23.

[6] Cfr. GUASTINI, *Lezioni sul Linguaggio Giuridico,* p. 163.

d) «Proximidade» da ideia de direito: os princípios são «stan-dards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (Dworkin) ou na «ideia de direito» (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional[7].
f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética[8] fundamentante.
Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais:
(1) — saber qual a função dos *princípios:* têm uma função retó-
rica ou argumentativa ou são normas de conduta?
(2) — saber se entre princípios e regras existe um denominador
comum, pertencendo à mesma «família» e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.
Relativamente ao primeiro problema, adiantar-se-á que os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição (cfr. *infra,* cap. 3.°, cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito *(Richterrecht, analogia júris).* Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas — as *regras jurídicas.* As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:
(1) — os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização,* compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é

[7] Cfr. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* 5.ª ed., p. 218, 404; Dworkin, *Taking Rights Seriously,* p. 54 ss.
[8] Cfr. por ex., Esser, *Grundsatz,* p. 51; Canaris, *Pensamento sistemático,* cit., P- 76 ss.

cumprida (nos termos de DWORKIN: *applicable in all-or--nothing fashion);* a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se;

(2) — consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigên-cias de optimização,* permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) — em caso de *conflito entre princípios,* estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» *{prima facié),* devem ser realizados; as regras contêm «fixações normativas» *definitivas,* sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias;

(4) — os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)[9].

III — Sistema de princípios e sistema de regras [10]

A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite a descodificação, em termos de um «constitucionalismo adequado» (ALEXY: *gemàssigte Konstitutionalismus),* da estrutura sistémica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como *sistema aberto de regras e princípios.*

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa — *lega-lismo* — do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as pre-

[9] Seguimos de perto, ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* cit., p. 75 ss; DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* p. 116, ss.; ZAGREBELSKY, *// sistema costituzionale delle fontti dei diritto,* p. 108. Cfr. também EROS R. GRAU, *A ordem económica,* cit., p. 107 ss.

[10] Cfr., sobretudo, ALEXY, *Rechtssystem und Pralctische Vernunft,* Rth, 18 (1987), p. 405 ss. Pondo objecções a uma divisão dicotómica entre princípios e regras, cfr., por último, F. BYDLINSKI, *Fundamentale Rechtsgrundsätze,* 1988, p. 123 ss.

missas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um «sistema de segurança», mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (ZAGREBELSKY).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (ALEXY: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems)* levar-nos-ía a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do «possível» fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida:

(1) — o sistema jurídico carece de *regras* jurídicas: a constitui-
ção, por ex., deve fixar a maioridade para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão «só pode ter direito à vida»;

(2) — o sistema jurídico necessita de *princípios* (ou os valores
que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;

(3) — em virtude da sua «referência» a valores ou da sua rele-
vância ou proximidade axiológica (da «justiça», da «ideia de direito», dos «fins de uma comunidade»), os princípios têm uma *^unçãojigr^ggenéíicja* e *umajunção sisté* ídiê
mica}}: são o fundamento de,regras jurídicasfi_têrrL_uma *idoneidade irradiante* que lhes permite «ligar» ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional; (4) — as «regras» e os «princípios», para serem activamente operantes, necessitam de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática (ALEXY: *Regei/*

[11] Assim, precisamente, BARTOLE, *Principi di diritto (dir. cost),* in *Enciclopédia dei Diritto,* XXXV, p. 531; MARCELO NEVES, *Teoria da inconstitucionalidade das leis,* S. Paulo, 1988, p. 16 ss.

/Prinzipien/Prozedur-Modell des Rechtssystems): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action,* para uma *«living constitution».*

Esta perspectiva teorético-jurídica, tendencialmente «principia-lista», do «sistema constitucional», como sistema processual de regras e princípios, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *infra,* Parte III, Padrão II sobre colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar* e *caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da «textura aberta» dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento prescruta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém--se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados,* possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.

O discurso do texto tem um «segredo» escondido. Esse segredo deve, porém, revelar-se aos que pretendam ir ao fundo das coisas: pretende-se construir o direito constitucional com base numa perspectiva "principialista" (baseado em princípios), perspectiva esta inspirada em DWORKIN e ALEXY, mas com aberturas para as concepções sistémicas e estruturantes (sentido de LUHMANN e de MÚLLER). Desta forma, fazemos também sugestões para uma visão estruturante do direito constitucional com suficientes suportes em esquemas funcionais e institucionais (W. KRAWIETZ). Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* p. 45; ALEXY, *Theorie der Grundrechte; Rechtssystem und Praktische Vernunft,* Rth, 18 (1987), p. 405; W. KRAWIETZ, *Recht ais Regelsystem,* Wiesbaden, 1984; «Juridisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaft», in Rth 15 (1984), p. 423; ZAGREBELSKY, *// sistema costituzionale,* cit., p. 108.

B I *TIPOLOGIA DE PRINCÍPIOS E DE REGRAS*

I — Tipologia de princípios

Aflorados alguns tópicos relativos ao problema geral dos princípios jurídicos, impõe-se agora a delimitação do tema dentro dos qua-

dros do direito constitucional. A tipologia que vai servir de base é a seguinte.

1. Princípios jurídicos fundamentais (Rechtsgrundsàtze)

Consideram-se *princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.* Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos «casos limites» («Estado de Direito e de Não Direito», «Estado Democrático e ditadura»). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o "excesso de poder". Isso acontece, por ex., com o princípio da proibição do excesso (cfr. arts. 18.72, 19.72/3/4/8, 28.72, 272.7 2).

Os princípios jurídicos gerais têm também uma *função positiva,* «informando» materialmente os actos dos poderes públicos. Assim, por ex., *o princípio da publicidade dos actos jurídicos* (cfr. art. 122.°) exige que, no caso de ser reconhecida eficácia externa a esses actos, eles sejam notificados aos interessados nos termos da lei (cfr. art. 268.73). Atrás do princípio da publicidade, está a exigência de segurança do direito, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os actos do poder público.

A mesma eficácia material positiva se reconhece ao princípio, já citado, da *proibição do excesso.* Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação* e *proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de «justa medida» (Larenz) [lla].

O *princípio do acesso ao direito e aos tribunais* (cfr. art. 20.°) é outro princípio geral que postula não só o reconhecimento da pos-

[lla] Cfr. Crisafulli, *La Costituzione,* p. 17, 53 ss; S. Bartole «Il Limite dei principi fondamentali», in *Studi in onoreA. Amorth,* I, Milano, 1982, p. 60 ss.

sibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo deste direito (ex.: direito ao patrocínio judiciário, direito à informação jurídica). Também o princípio da imparcialidade da administração (art. 266.°) é um princípio simultaneamente negativo e positivo: ao exigir-se imparcialidade proíbe-se o tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos por parte dos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação dos interesses públicos.

Em virtude desta dimensão determinante (positiva e negativa) dos princípios, reconhece-se hoje que, mesmo não sendo possível fundamentar autonomamente, a partir deles, recursos de direito público (o que é discutível), eles fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.

2. Princípios políticos constitucionalmente conformadores

Designam-se por *princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte.* Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o *cerne político de uma constituição política,* não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político.

Nesta sede situar-se-ão os *princípios definidores da forma de Estado:* princípios da organização económico-social, como, por ex:, o princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático, o princípio da coexistência dos diversos sectores da propriedade — público, privado e cooperativo —; os princípios definidores da *estrutura do Estado* (unitário, com descentralização local ou com autonomia local e regional), os *princípios estruturantes do regime político* (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista) e os *princípios carac-terizadores da forma de governo* e da organização política em geral

eomo o princípio separação e interdependência de poderes e os princípios eleitorais.
Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios *normativos, rectrizes* e *operantes,* que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpre-tativas, seja em actos inequivocamente conformadores (leis, actos normativos).

3. Os princípios constitucionais impositivos

Nos *princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.* São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.
Estes princípios designam-se, muitas vezes, por «preceitos definidores dos fins do Estado» (assim SCHEUNER: *Staatszielbes-timmungen),* «princípios directivos fundamentais» (HÀFELIN), OU «normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas».
Como exemplo de princípios constitucionais impositivos podem apontar-se o princípio da independência nacional e o princípio da correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (arts. 9.7d e 81.°/b). Traçam, sobretudo para o legislador, linhas rectrizes da sua actividade política e legislativa.

4. Os princípios-garantia

Há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente «ma *garantia* dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de *nullum crimen sine lege e de nullapoena sine lege* (cfr. art. 29.°), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32.°77), os princípios de *non bis in idem* e *in dúbio pro reo* (cfr. arts. 29.74, 32.72).
Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem «princípios em forma de norma jurídica» (LARENZ) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação[12].

Cfr. E. R. GRAU, A *ordem económica,* cit, p. 118.

Não é possível fazer-se aqui uma explanação da complexa problemática dos princípios e das suas relações com as normas jurídicas. No texto, a doutrina defendida tende a aproximar-se da opinião que julgamos estar a ganhar o estatuto de doutrina constitucionalística dominante. Cfr., entre nós, por último, CASTANHEIRA NEVES, *A unidade,* pp. 172 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 57 ss.; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito,* p. 164, partindo de premissas metodológicas não coincidentes com as que estão subjacentes ao texto. Em termos gerais, cfr. LARENZ, *Richtiges Recht,* Munchen, 1979; ESSER, *Grundsatz und Norm,* pp. 51 ss; R. DWORKIN, «The Model *of Rules,* I, in *Taking Rights Seriously,* London, 1977, p. 25 ss.; SCHEUNER, «Staatszielbestimmungen», in *Festschrift ftir E. Forsthoff,* Munchen, 1972, pp. 325 ss; «Normative Gewáhrleistung und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext», in *Festschrift fur H. U. Scupin,* Berlin, 1973, pp. 324 ss. Por último, cfr. ALEXY, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», in KRAWIETZ *et ai.* (org.) — *Argumentation und Hermeneutik in der Juris-prudenz,* 1979, pp. 34 ss; ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* 1985, p. 72 ss.. EROS R. GRAU, A *Ordem económica,* cit., p. 106.

II — Tipologia de regras

1. Normas constitucionais organizatórias e normas constitucionais materiais

Uma distinção, reconduzível à doutrina constitucionalista alemã da época de Weimar e com recepção na Itália, pretende separar as *normas organizatórias* das *normas materiais:* as primeiras regulam o estatuto da organização do Estado e a ordem de domínio (são normas de «acção» na terminologia italiana); as segundas referem-se aos limites e programas da acção estadual em relação aos cidadãos (são «normas de relação»). E uma distinção ultrapassada, ao estabelecer uma dicotomia qualitativa entre os dois tipos de normas, atribuindo só a um dos grupos o carácter material, e introduzindo no seio da constituição dois compartimentos estanques, um formado pelas normas organizatórias e outro constituído pelas normas materiais. A classificação, embora continue a ter interesse heurístico e pedagógico, não responde ao problema da «natureza material» dos próprios preceitos organizatórios. Como salientou HESSE, O dualismo normas organizatórias — normas materiais corresponde à velha concepção segundo a qual a parte organizativa é tão-somente organização do poder estadual oposta à esfera livre e individual constituída pelos direitos fundamentais. Daqui derivaria uma infra-ordenação da parte organizatória em relação ao poder estadual. Subjacente a esta teoria está ainda o pressuposto sociológico da separação Estado-sociedade. Nesse

ecto, nem sequer se coaduna com a própria teoria clássica do constitucionalismo que considerava partes essenciais da constituição quer itrcatálogo dos direitos fundamentais quer a separação de poderes, isto lé a organização do poder político informada pela separação de f poderes [12a] (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. II.°-B).

2. Regras jurídico-organizatórias

í

r Tendo em conta as observações feitas na alínea anterior, é pos-íáível partir da bipartição normas organizatórias-normas materiais para se obter uma tipologia das normas constitucionais que, sem ser exaustiva, capte os principais elementos caracterizadores dos vários tipos normativo-constitucionais.

a) Regras de competência

Normas constitucionais de competência são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas *esferas de competência* entre os vários órgãos constitucionais.

Normas deste tipo encontram-se, sobretudo, na Parte III, relativa à organização do poder político. Vejam-se, por ex., as normas relativas à competência do Presidente da República (art. 136.° ss), à competência da Assembleia da República (art. 164.° ss) e à competência do Governo (art. 200.° ss).

Saliente-se, de acordo com as referências anteriores sobre a «contaminação material» das normas organizatórias, que as normas de competência comportam, muitas vezes, um conteúdo material respei-tante não só ao dever de garantir a competência constitucionalmente

[12a] A distinção entre *direito organizatório e direito material* foi trabalhada principalmente por W. Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2.°* Çd., p. 32 ss. A subsistência desta distinção justifica ainda hoje a separação da inconstitucionalidade orgânica e formal da inconstitucionalidade material, separação Que tem vindo a ser progressivamente posta em causa. Cfr., por ex., Hesse, *Grundzuge,* p. 125. Na doutrina italiana, cfr. também as incisivas considerações de Giannini, *Diritto Amministrativo,* Vol. I, 1970, pp. 91 ss., sobre a relevância jurídica das «norme organizative». Por último, cfr. Goerlich, *Grundrechte ais Verfahrens-garantien,* 1981, p. 371 ss; K. Stern, *Staatsrecht,* vol. I, p. 96 ss.; Luciani, «La p>stituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri». Noterelle brevi su un modello mterpretativo ricorrente», in *Studi in onore Crisafulli,* Padova, 1985.

fixada, mas também à própria razão de ser da delimitação de competência. É o que acontece, por ex., com a reserva absoluta (art. 167.°) e a reserva relativa (art. 168.°) de competência legislativa da Assembleia da República.

b) Regras de criação de órgãos (normas orgânicas)

As chamadas normas orgânicas ou de criação de órgãos andam estritamente relacionadas com as normas de competência. Visam disciplinar normalmente a *criação* ou *instituição* constitucional de certos órgãos. Quando, além da criação de órgãos, as normas fixam as atribuições e competências dos mesmos, diz-se que são *normas orgânicas e de competência.* Vejam-se, por ex., as normas criadoras de um Presidente da República (art. 123.°), de uma Assembleia da República (art. 150.°), de um Governo (art. 185.°). Nalguns casos, as *normas de criação* limitam-se a afirmar a existência constitucional de um órgão e o seu processo de formação através do voto ou através de outros órgãos, mas não fixam a competência (ex.: art. 212.°, Supremo Tribunal de Justiça).

c) *Regras de procedimento*

Uma das técnicas de legiferação constitucional (de legislação constituinte) é a de estabelecer normas procedimentais apenas nos casos em que o *procedimento é um elemento fundamental da formação da vontade política* e do *exercício* das competências cons-titucionalmente consagradas. Assim, por ex., o procedimento eleitoral e o procedimento de funcionamento do Tribunal Constitucional foram remetidos para as leis ordinárias. Todavia, as normas definidoras dos princípios fundamentais relativas a estes procedimentos constam da constituição. Refiram-se, a título de exemplo, os arts. 116.° (direito eleitoral) e 277.° ss. (processo de fiscalização da constitucionalidade). Normas procedimentais de natureza especial são as normas respeitantes *ao procedimento de revisão* (arts. 284.° ss).

Como se acaba de ver, as normas organizatórias são normas complexas com uma grande diversidade de funções: (a) *função estruturante* das organizações (esquema organizatório, individualização dos órgãos); (b) *função atributiva* de um poder (competência); (c) *função distributiva* de competências por vários órgãos de um ente público (ex.: normas que distribuem a competência do

Governo pelo Conselho de Ministros, Primeiro-Ministro e Ministros); ("d) *função procedimental ou processual* (ex.: procedimento de for-jnação das leis, procedimento da destituição do Presidente da República, processo de controlo da constitucionalidade das normas) [13].

3. Regras jurídico-materiais

a) Regras de direitos fundamentais

Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (cfr. CRP, arts. 24.° ss.).
A importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, directa ou indirectamente, assegurarem um status *jurídico-material* aos cidadãos.

b) Regras de garantias institucionais

As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de garantias institucionais.
Andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria protecção de direitos dos cidadãos. Assim, por ex., a CRP, ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36.71), assegura a protecção da família como instituição (art. 67.°). O mesmo se diga da paternidade, da maternidade (art. 68.°) e do ensino (art. 74.°). Tradicionalmente, os autores incluem nas chamadas garantias institucionais jurídico-públicas *(institutionelle Garantien* na doutrina alemã, que as distingue das garantias jurídico-privadas, ou seja, das *Institut-gewährleistungen)* a garantia da autonomia local (art. 6.71), a garantia do funcionalismo público (art. 269.°) e a garantia da autonomia universitária (art. 76.72).

[13] Uma análise próxima da do texto quanto ao sentido das normas discipli-nadoras dos «factos organizativos» ver-se-á em GIANNINI, *Diritto Amministrativo,* 1988, Vol. I, pp. 103 ss; *Istituzioni di Diritto Amministrativo,* 1981, pp. 39 ss.

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto «firmar» «manter» ou «conservar» certas «instituições naturais» mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coactivas.
Todavia, a partir do pensamento institucionalístico, inverte-se, por vezes, o sentido destas garantias. As instituições são consideradas com uma existência autónoma *a se,* pré-existente à constituição, o que leva pressuposta uma ideia conservadora da instituição, conducente, em último termo, ao sacrifício dos próprios direitos individuais perante as exigências da instituição como tal. Ao estudarmos o problema das restrições aos direitos fundamentais ver-se-á melhor esta questão. Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a *efectividade óptima* dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais. Cfr. HÀBERLE,*Die Wesensgehaltgarantie des art. 19Abs. 2° Grundgesetz,* 2.ª ed., Karlsruhe, 1972, 70. Como informa P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel,* Bern, 1970, p. 296, o movimento institucionalístico actual encontra paralelo na teologia protestante que considera a «instituição» como um médium entre o direito natural e o direito positivo. Sobre a noção (noções) de instituição cfr., por último, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito,* pp. 14 ss; J. M. BANO LÉON, «La distinción entre derecho fundamental y garantia institucional en la Constitución espanola», *REDC,* 24 (1988), p. 155, ss.

Confundidas com estas garantias institucionais, mencionam-se, por vezes, aquelas normas que *prescrevem determinadas exigências ou requisitos aos titulares de certas funções estaduais* (órgãos e agentes), de forma a assegurarem o exercício funcional nos termos normativo-constitucionalmente fixados. É o caso, por ex., dos preceitos relativos à independência e inamovibilidade dos juizes (cfr. arts. 218.° ss.), dos preceitos que vinculam os funcionários públicos à prossecução do interesse público (art. 269.°) e dos preceitos referentes às Forças Armadas (por ex., art. 275.74).

c) Regras determinadoras de fins e tarefas do Estado

Este tipo de normas deve associar-se aos princípios constitucionais impositivos, pois aqui vem convergir alguma da principal problemática da distinção entre normas e princípios ao mesmo tempo que se torna visível ser a distinção entre os dois tipos de preceitos meramente gradual, não havendo critérios suficientemente seguros para uma determinação rigorosa.

Por normas determinadoras de fins e tarefas entendem-se *aqueles preceitos constitucionais que, de uma forma global e abstracta,*

fixam essencialmente os fins e as tarefas prioritárias do Estado (cfr., porex.,osarts.9.ºe81.°).
Algumas normas fixadoras de fins ou tarefas estão relacionadas com a *realização e garantia dos direitos dos cidadãos,* sobretudo com os direitos económicos, sociais e culturais (cfr., por ex., art. 60.72, 63.72, 66.72, 73.72/3, 74.73, 75.°).

d) Regras constitucionais impositivas

As normas constitucionais impositivas apresentam-se em estreita conexão com as normas determinadoras de fins e tarefas e com os princípios constitucionalmente impositivos. Em relação a estes últimos suscita-se a problemática da distinção entre regras e princípios. Relativamente às primeiras, importa fazer uma importante clarificação: (1) normas constitucionais impositivas em sentido amplo são todas aquelas que fixam tarefas e directivas materiais ao Estado (neste sentido os preceitos definidores dos fins do Estado são normas constitucionais impositivas); (2) normas constitucionais impositivas em sentido restrito (imposições constitucionais) são as *imposições de carácter permanente e concreto.* Nesta última cattgoria há ainda que distinguir dois subgrupos: (a) *imposições legiferantes* ou *imposições constitucionais;* (b) *ordens de legislar.*

As imposições legiferantes — as verdadeiras imposições constitucionais — vinculam constitucionalmente os órgãos do Estado (sobretudo ao legislador), de uma forma permanente e concreta, ao cumprimento de determinadas tarefas, fixando, *inclusive,* directivas materiais. Veja-se, por ex., o art. 63.° (imposição de criação do sistema de segurança social), o art. 64.° (imposição da criação do Serviço Nacional de Saúde), o art. 74.° (política de ensino).

As ordens de legislar reconduzem-se a *imposições constitucionais únicas* que impõem ao legislador a emanação de uma ou várias leis, destinadas, em geral, a possibilitar a instituição e funcionamento dos órgãos constitucionais. Veja-se, por ex.: o art. 39.75, impositivo da regulamentação legal da Alta Autoridade para a Comunicação Social, o art. 274.71, impositivo da emissão de lei reguladora da composição do Conselho Superior de Defesa Nacional, o art. 226.° relativo à lei reguladora do funcionamento do Tribunal Constitucional.

A importância das normas constitucionais impositivas deriva do facto de elas imporem um dever concreto e permanente, material-

mente determinado, que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma *omissão inconstitucional* (cfr. art. 283.°).

Por outro lado, o facto de as imposições constitucionais conterem, algumas vezes, os critérios materiais que o legislador deve observar quando as concretiza, suscita o problema de saber se a *liberdade de conformação do legislador* não será aqui particularmente limitada, a ponto de se poder falar em simples *discricionariedade legislativa.* Isto levanta o problema conexo de saber se neste domínio não haverá possibilidade de se configurar um *vício por excesso do poder legislativo.* Desenvolver-se-ão estes tópicos quando se tratar do problema da inconstitucionalidade 14 (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 27.°-B).

C I *O SISTEMA INTERNO DE REGRAS E PRINCÍPIOS*

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios* e *regras constitucionais* concre-tizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica).

Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por *princípios estruturantes,* constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político. Na ordem constitucional portuguesa considerar-se-ão (a título indicativo sem pretensões de exaustividade) como princípios estruturantes:

— O princípio do Estado de direito (arts. 2.° e 9.°);

— O princípio democrático (arts. 1.°, 2.°, 3.71 e 10.°);

— O princípio republicano (arts. 1.°, 2.°, 11.° e 288.7b).

[14] Para maiores desenvolvimentos remetemos para o nosso estudo, *Constituição Dirigente,* cit., pp. 293 ss. Cfr., também, Jorge Miranda, *Manual,* II, pp. 257 ss.; R. Russomano, «Das Normas Constitucionais Programáticas», in *Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos,* pp. 267 ss; Eros R. Grau, A *ordem económica,* cit., p. 104; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais,* 1982, p. 107 ss.; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional,* 11." ed., S. Paulo, 1989, p. 118 ss.; Paulo Bonavides, *Direito Constitucional,* 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1988, p. 183 ss.

Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que «densificam» os princípios estruturan-tes iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-cons-titucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma «união perfeita» alude LARENZ). Assim, por exemplo, o princípio do Estado de Direito é «densificado» através de uma série de subprincípios: o princípio da constitucionalidade (cfr. art. 3.73), o princípio de legalidade da administração (cfr., por ex., art. 115.76 e 7), o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (cfr. art. 18.°), o princípio da independência dos Tribunais (art. 207.°). Estes *princípios gerais fundamentais* podem, por sua vez, densificar--se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais. Por exemplo, o princípio da legalidade da administração é «concretizado» pelo princípio da preeminência ou prevalência da lei e pelo princípio da reserva de lei (cfr. art. 115.76 e 7); o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais é «densificado» por outros princípios especiais tais como o princípio da proibição do excesso (cfr. art. 18.72) e o princípio da não-retroac-tividade de leis restritivas (cfr. art. 18.73). O mesmo acontece com o princípio democrático. Como princípios constitucionais gerais densi-ficadores podem apontar-se o princípio da soberania popular (arts. 1.° e 3.71), o princípio do sufrágio universal (art. 10.°), o princípio da participação democrática dos cidadãos (art. 9.°/c), o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania (art. 119.°). Estes princípios são ainda susceptíveis de «densificações» especiais: o princípio democrático do sufrágio é concretizado pelos princípios da liberdade de propaganda, igualdade de oportunidades e imparcialidade nas campanhas eleitorais (cfr. art. 116.73); o princípio da soberania da vontade popular densifica-se através do princípio de renovação dos titulares de cargos políticos (cfr. art. 121.°); o princípio da separação e interdependência «concretiza-se» através do princípio da tipicidade dos órgãos de soberania e pelo princípio da reserva constitucional no que respeita à formação, composição, competência e funcionamento dos mesmos órgãos (art. 113.°). Finalmente, o princípio republicano ganha densidade através de outros subprincípios como, por ex., o princípio de não-vitaliciedade dos cargos políticos (art. 121.°) e o princípio da igualdade civil e política (art. 13.°).

Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias *regras constitucionais,* qualquer que seja a sua natureza. Assim as normas garantidoras do direito de recurso

contencioso contra certos actos da administração (art. 268.74) constituem uma concretização do princípio geral da legalidade da administração e do princípio especial da prevalência da lei e do princípio estruturante do Estado de Direito. As normas reconhecedoras de direitos económicos, sociais e culturais, densificam o princípio da socialidade que, por sua vez, concretiza o princípio democrático na sua dimensão de democracia económica, social e política.

Os princípios estruturantes -> princípios constitucionais gerais -» princípios constitucionais especiais -*■ regras constitucionais, constituem um sistema interno, cuja ilustração gráfica se poderá apresentar da forma seguinte:

Princípios estruturantes
Princípios constitucionais gerais
Princípios constitucionais especiais
Regras constitucionais

Este esquema não se desenvolve apenas numa direcção, de cima para baixo, ou seja dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstracto. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de «esclarecimento recíproco» (LARENZ). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição)[15]. Todos estes princípios e regras poderão

[15] A compreensão deste processo carece de outras iluminações teoréticas gerais como, por ex., a diferenciação entre «sistema externo» e «sistema interno», a ideia de «tipo», a ideia de concretização, etc. Cfr., por ex., LARENZ, *Methodenlehre der Recht-swissenschaft,* 5.ª ed., p. 458 ss (na trad. port., cfr. pp. 531 ss); ENGISCH, *Einfuhrung in das juristische Denken,* 5.ª ed., 1975, p. 120 (na trad. port. cfr. pp. 222 ss). No plano do direito constitucional, cfr., por último, H. MAACK, *Verfassungsrecht fiir die õffentliche Verwaltung,* Vol. I, Stuttgart/Berlin/Kõln/Mainz, 1983, pp. 51 ss, do qual adaptámos o gráfico do texto.

ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial* (cfr. *infra,* Parte II, Cap. 3.°, C, 7, 'estruturas metódicas').

DI *TEXTURA ABERTA E POSITMDADE CONSTITUCIONAL*

I — O direito constitucional como direito positivo

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos *de direito* e com os meios *do direito* os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como «lei»: o *direito constitucional é direito positivo* [16]. Neste sentido se fala na «constituição como norma» (GARCIA DE ENTERRIA) e na «força normativa da constituição» (K. HESSE).

A complexa articulação da «textura aberta» da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a *constituição vale como lei,* então as regras e princípios constitucionais devem obter *normatividade,* (cfr. *infra,* Parte II, Cap. 3.°) regulando jurídica e efectivamente as relações da vida (P. HECK) dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos (LUHMANN).

II — O sentido das normas programáticas

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da "morte" das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas--tarefa, normas-programa que «impõem uma actividade» e «dirigem»

[16] Cfr. F. MULLER, *Juristische Methodik,* 3.ª ed., 1989, p. 177; K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung,* 1950, p. 19 ss.

materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: «simples programas», «exortações morais», «declarações», «sentenças políticas», «aforismos políticos», «promessas», «apelos ao legislador», «programas futuros», juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às «normas programáticas» é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (CRISAFULLI). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; *é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.* Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) — Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização *{imposição constitucional);*

(2) — Vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes,* em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);

(3) — Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam[17].

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às «normas programáticas», deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre «norma jurídica actual» e «norma programática» *(aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz):* todas as normas são

[17] Cfr. também, e em sentido convergente, JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 533. No direito brasileiro, cfr. EROS R. GRAU, «A Constituição brasileira e as normas programáticas», *Rev. de Dir. Const. e Ciência Política,* 4, p. 45; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional,* cit., p. 120 ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Constitucional Positivo,* cit., p. 82 ss. Na doutrina espanhola cfr. P. LUCAS VERDU, *Estimativa y Política Constitucionales,* Madrid, 1984, p. 169 ss, que alude, precisamente, citando LAVAGNA, a preceptividade das "normas-fim" sob o ponto de vista "impeditivo" e sob o ponto de vista "impositivo".

actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, «simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor» (GARCIA DE ENTERRIA) [18]. Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de *"apelação directa "* e em que medida é exequível por si mesmo.

II — Aplicabilidade directa

1. Rejeição da doutrina tradicional da regulamentação da liberdade

Talvez dominada pelo conteúdo altamente filosófico e doutrinário das declarações de direitos, ao que acrescia, algumas vezes, a sua inserção fora do articulado da constituição (era nos preâmbulos constitucionais que, nalguns casos, as proclamações de direitos encontravam guarida), a doutrina francesa considerava indispensável a intervenção legislativa para dar operatividade prática aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. *«Il faut* — escrevia Hauriou — *que chaque droit individuel soit organisé, c'est a dire que les conditions et les limites —soient determines par une loi organique»; «un droit individuel n'exist pas d'une façon pratique que lors qu'il est organisé».* Cfr. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel,* Paris, 1929, p. 89; ESMEIN, *Élements de Droit Constitutionnel,* Paris, 1927, 1, p. 600. Entre nós, MARNOCO e SOUSA escrevia, também, em 1913: "Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários — o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa». Cfr. MARNOCO e SOUSA, *Constituição da República, Comentário,* 1913, p. 14.

Tornava-se evidente que a exigência de uma *réglémentation de la liberte* punha em perigo a eficácia destes mesmos direitos, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e de conteúdo.

[18] Cfr. SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefúge der Staatsfunk-tionen», in *WDSTRL,* 39 (1981), p. 105; WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», in *Der Staat,* 20 (1981), p. 485; «Der Vorrang der Verfassung und der Selbstãndigkeit des Gesetzesrecht», in *NVWZ,* 1984, p. 402; ZAGREBELSKY, // *sistema constituzionale,* cit., p. 112.

Hoje, é a própria constituição a prescrever a *aplicabilidade directa:* as normas constitucionais além de serem direito actual no sentido acabado de precisar, valem também como normas de *aplicação directa.* Assim, por exemplo, o art. 18.71 da CRP (à semelhança do art. 1.73 da *Grundgesetz* de Bonn) dispõe que «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». O que significa, em termos jurídico-constitucionais, aplicabilidade directa? (cfr. também, *infra,* Parte IV, Padrão I, Cap. 8.7B).

2. Aplicabilidade directa das normas de direitos, liberdades e garantias

Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede — direito, liberdades e garantias — a rejeição da «ideia criacionista» conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. KRÚGER) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos «direitos fundamentais dentro da reserva de lei» para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.*

Aplicação directa não significa apenas que os direitos liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. arts. 17.° e 18.71). Significa também que eles *valem directamente contra a lei,* quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18.73).

Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a *inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitu-cionais* contrárias às normas da constituição consagradoras e garanti-doras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (cfr. arts. 17.° e 18.°). Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a *inconstitucionalidade super-veniente* das normas pré-constitucionais em contradição com eles.

3. Aplicabilidade directa de normas organizatórias

Embora o texto constitucional não o diga expressamente, como o faz para os direitos, liberdades e garantias, há um outro complexo normativo-constitucional que sempre se entendeu ter eficácia directa: a *parte organizatória* da constituição (cfr. *supra,* normas organizatórias).

Com efeito, se o constitucionalismo nem sempre compreendeu o sentido do valor normativo da constituição quanto a direitos fundamentais, não deixou nunca de considerar que a lei constitucional criava, coordenava e separava, de forma directa e imediata, um sistema de poderes e de soberania: órgãos constitucionais. A constituição faz acompanhar a criação de alguns destes órgãos por *ordens de legislar,* pois a sua instituição efectiva depende da intervenção legiferante, disciplinadora do regime jurídico dessa criação (ex.: leis eleitorais para a eleição do Presidente da República e da Assembleia da República) [18a]. Esta «execução legal» em nada contraria o sentido da aplicabilidade directa de normas criadoras de órgãos constitucionais: o sistema de órgãos e poderes deriva directamente da constituição, embora deva ser, depois, *actuado* através da lei.

As normas de criação de órgãos são também (ou são acompanhadas) de *normas de competência.* Logicamente, a constituição cria, de forma directa, certos órgãos com certas competências. O exercício das competências constitucionalmente normadas deriva directamente da constituição, afirmando-se contra quaisquer leis concretizadoras dessas competências de forma incompatível com o disposto nas normas organizatórias da lei constitucional (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão III).

4. Aplicabilidade directa de normas-fim e normas-tarefa

Mais complexa é a questão da aplicabilidade directa das «normas programáticas» (normas-fim ou normas-tarefa). Como se viu, elas constituem direito actual juridicamente vinculante. Mas constituirão também direito directamente aplicável com as consequências acabadas de assinalar para as normas de direitos liberdades e garantias e para os preceitos organizatórios?

Além de constituírem princípios e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as «normas programáticas» vinculam também os tribunais, pois os juizes «têm acesso à constituição», com o consequente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julga-

[18a] Daí que alguns autores considerem estas normas como normas de «eficácia diferida». Cfr. Jorge Miranda, *Manual, II,* p. 527 ss.; Zagrebelsky, *// sistema constituzionale dellefonti di diritto,* p. 104.

mento, (cfr. CRP, art. 207.°) dos actos normativos contrários às mesmas normas.

A distinção entre «normas preceptivas» e «normas programáticas» tem servido, neste domínio, para estabelecer uma diferença de tratamento no caso de superveniência de leis constitucionais contrárias posteriores. No caso de o contraste se efectuar entre leis pré-constitucionais e normas constitucionais preceptivas, haveria um fenómeno de *revogação;* na hipótese de a relação de contraditoriedade se estabelecer entre leis pré-constitucionais e normas constitucionais programáticas, o contraste não seria evidente, justificando-se o apelo à figura da *ilegitimidade constitucional superveniente.* Cfr. a 2.ª ed. deste Curso, pp. 223 ss. Independentemente desta controvérsia, o conhecimento judicial que se defende no texto parece não oferecer grandes discrepâncias. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 639 ss.

As normas constitucionais programáticas têm ainda efeito «derrogatório» ou «invalidante» dos actos normativos incompatíveis com as mesmas, devendo, porém, precisar-se (e isso nem sempre é fácil) em que medida as normas programáticas servem de *limite negativo* às leis consagradoras de disciplina contrária [19]. Para além destes "efeitos directos", deve reconhecer-se que as normas-tarefa e normas-fim pressupõem em larga medida, a classificação conformadora efectuada pelas autoridades com poderes político-normativos.

III — Densidade e abertura das normas constitucionais

A *abertura* das normas constitucionais confunde-se, por vezes, com *abertura da constituição.* São, porém, conceitos diferentes. Se se preferir, são dois diferentes níveis: (1) *abertura horizontal,* para significar a incompletude e o carácter «fragamentário» e «não codificador» de um texto constitucional; (2) *abertura vertical,* para significar o carácter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se «abrem» à mediação legislativa concretizadora [20]. Aqui interessa apenas o segundo nível. Dizer quais

[19] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 533 e 639 ss. O problema, não é, porém, ainda hoje líquido. Cfr., por último, BIN, *Atti normativi,* p. 188; GUASTINI, *Lezioni sull linguaggio giuridico,* 1985, p. 121; LUCAS VERDU, *Estimativa* y *Política,* p. 179 ss.

[20] Cfr., por último, Ch. GUSY, *Die Offenheit des Grundgesezes,* in *JÓR,* 33 (1984), p. 109; W. HÕFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation,* 1987, p. 78 ss; K. STERN, *Staatsrecht,* 2.ª ed., I, p. 83.

as «normas constitucionais abertas» e quais as «normas constitucionais densas» não é uma tarefa susceptível de ser reconduzida a esquemas fixos e totalizantes. Como tendência, assinala-se a *abertura* das normas constitucionais em assuntos: (1) sobre os quais há um consenso geral; (2) em relação aos quais é necessário criar um espaço de conformação política; (3) em relação aos quais podem ser justificadas medidas correctivas ou adaptadoras.

A *densidade* da norma constitucional impõe-se: (1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; (2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social; (3) quando a concretização constitucional imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas (G. SCHMID).

A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretiza-dores; a *densidade,* por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação.

A abertura e a densidade são «grandezas variáveis», não se podendo dizer, como é ainda hoje corrente na doutrina juspublicística, que há *normas constitucionais exequíveis por si mesmo e normas constitucionais não exequíveis por si mesmo* (cfr., porém, CRP, art. 283.°). Em nenhum dos casos é possível descortinar, nas normas constitucionais, um «programa-condicional» (LUHMANN) reconduzível a um simples esquema subsuntivo: se a norma constitucional estabelece um pressuposto de facto, então os concretizadores da constituição (o legislador, o juiz, a administração) têm de adoptar certos e determinados comportamentos. Isso são modelos de normas praticamente estranhos ao direito constitucional.

Existem certas normas cuja densidade pressupõe um menor espaço de «discricionariedade» ou de «liberdade de conformação» que outras. Assim, por ex., a norma constitucional que regula a liberdade de imprensa é uma norma mais «densa» (cfr. art. 38.°) do que uma norma que estabelece como tarefa de Estado «Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida do povo, em especial das classes mais desfavorecidas» (cfr. art. 81.7a). A primeira possui uma «determinabilidade», «densidade» ou «exequibilidade» muito maior que a segunda. Mesmo que seja necessária, em ambos os casos, a *interpositio legislatoris,* não oferece dúvidas ser a liberdade do legislador muito maior no tipo de norma do art. 81.7a do que no do art. 38.°

Por outro lado, há tipos de normas que praticamente constituem um *limite* ao legislador (ex.: normas organizatórias), enquanto noutras avulta o carácter dirigente material (ex.: normas impositivas). As primeiras actuam, fundamentalmente, como *determinantes negativas* dos poderes públicos; as segundas surgem como *determinantes positivas.*

IV — Unidade da constituição e antinomias e tensões entre princípios constitucionais

1. Conflito de princípios

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenómenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. O *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma «lógica do tudo ou nada», antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu «peso» e as circunstâncias do caso [21]. Assim, por ex., se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da protecção das minorias (cfr., por ex., art. 117.° sobre o estatuto de oposição); se o princípio democrático, na sua dimensão económica, exige intervenção conformadora do Estado através de expropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio de legalidade, princípio de justa indemnização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção).

[21] Esta ideia de «peso» e de «convivência concorrente» entre princípios poderia, talvez, transferir-se para certos esquemas relacionais entre regras-tarefa ou regras-fim. Cfr. Bin *Atti Normativi,* p. 188; L. Gianformaggio, «LInterpretazione delia costitu-zione tra applicazione di regola de argomentazione basata su principi», in Rv-Int. Fil. Dir. 1985,71; Eros Grau, A *ordem económica,* cit., p. 107 ss.

Os princípios estruturantes podem, de resto, ser concretizados através dos mesmos princípios, embora com acentuações diversas. Assim, por ex., o princípio da publicidade dos actos da autoridade com efeitos externos (cfr. art. 122.°) é, simultaneamente, uma concretização ou densificação do princípio democrático e do princípio do Estado de direito: a publicidade é o contrário da política de segredo (princípio democrático); a publicidade é uma exigência da segurança dos cidadãos (princípio do Estado de direito).
A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o *processo de concretização constitucional* assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador *(concretização legislativa)* e pelos órgãos de aplicação do direito designadamente os tribunais *(concretização judicial)* a problemas concretos, (cfr. *infra,* Parte II, Cap. 3.°).
Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam impredictí-veis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição *(impredictibilidade dos princípios);* permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionaridade *(indeterminabilidade),* mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios. Como diz Dworkin, o «direito — e, desde logo, o direito constitucional — descobre-se, mas não se inventa».

2. O princípio da unidade da constituição

A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípios deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de *unidade hierárquico-normativa.*
O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra--ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das *antinomias normativas;* (2) a tese das *normas constitucionais inconstitucionais.* O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-*

-constitucional [22] e um importante elemento de interpretação (cfr. *infra,* Parte II Cap. 3.°).
Comprendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da «coerência narrativa» do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juizes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as «lerem» e «compreenderem», na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (DWORKIN).

[22] Cfr. F. MULLER, *Juristische Methodik,* 3.ª ed., 1990, p. 217 e, sobretudo, *Die Einheit der Verfassung,* Berlin, 1979. Este excelente estudo veio demonstrar decisivamente como as ideias de «unidade valorativa», «unidade ou plenitude lógica do ordenamento», «unidade codificatória», etc, deixaram hoje de servir de apoio metodológico rigoroso no direito constitucional. Vide, também, DWORKIN, «La chaine du Droit», in *Droit et Societé,* 1/1985, p. 51.

CAPITULO 3

AS ESTRUTURAS METÓDICAS INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

t *Sumário*

D) REGRAS BÁSICAS DE CONCRETIZAÇÃO
I — Ponto de partida jurídico-constitucional: postulado normativo da constitucio-nalidade
1. Mediação do conteúdo semântico
2. Dificuldades de investigação do conteúdo semântico da norma
3. Texto da norma e norma
4. Sentido da norma e convenções linguísticas
II — Segunda ideia fundamental: o programa normativo não resulta apenas de mediação semântica dos enunciados linguísticos do texto
1. Os elementos de interpretação
2. A função pragmática do texto da norma
3. A análise do «sector normativo»jcomo processo parcial do processo global de concretização das normas constitucionais
4. Espaço de interpretação e espaçotóe selecção
III — Norma jurídica
1. Norma jurídica: modelo de ordenação material
2. Norma de decisão
3. Sujeito concretizante
4. O trabalho metódico de concretização
E) O «CATÁLOGO-TÓPICO» DOS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
I — Princípios de interpretação da constituição
1. O princípio da unidade da constituição
2. O princípio do efeito integrador
3. O princípio da máxima efectividade
4. O princípio da «justeza» ou da conformidade funcional
5. O princípio da concordância prática ou da harmonização
6. O princípio da força normativa da constituição
II — O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição
F) LIMITES DA INTERPRETAÇÃO
I — Nos limites da interpretação constitucional
1. As mutações constitucionais
2. A interpretação autêntica
3. As normas constitucionais inconstitucionais
4. A interpretação da constituição conforme as leis
II — A complementação da lei constitucional
1. Significado constitucional da integração
2. Os métodos de complementação constitucional

^indicações bibliográficas

1. INTERTEXTUALIDADE

A teoria da interpretação-aplicação das normas constitucionais pressupõe o conhecimento da hermenêutica jurídica clássica. Sugere-se, por isso, como leitura indispensável:

ANDRADE, Manuel de — *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis, 2."* ed., Coimbra, 1963.
HECK, Philipe —*Interpretação das leis e jurisprudência de interesses,* Coimbra. 1963.
MACHADO, João Baptista — *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador,* Coimbra, 1983, pp. 175 ss.
NEVES, António Castanheira — «O actual problema metodológico da interpretação jurídica», in *Revista de Legislação e Jurisprudência,* Ano 117, pp. 129 ss.

2. INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

ARAGON, M. — «La interpretacion de la constitucion y el caracter objectivado dei con-troljurisdicional»,/f£DC, 17(1986).
BERTI, G. — *Interpretazione costituzionale, 2.'* ed., Padova, 1990.
BONAVIDES, Paulo —*Direito Constitucional,* Rio de Janeiro, 1980, pp. 267 ss.
CHIERCHIA, Pietro Merola — *L 'Interpretazione sistemática delia Costituzione,* Padova, 1983.
CHRYSSOGONOS, K. — *Verfassungsgerichgtsbarkeit und Gesetzgebung zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle,* Berlin, 1987.
GARCIA M. —*La Interpretacion de la Constitucion,* Madrid, 1985.
GONZALEZ CASANOVA, *Teoria dei Estado y Derecho Constitucional,* 3.ª ed., 1984, p. 225.
HESSE, Konrad — *Grundzúge des Verfassungsrechs zur Bundesrepublik Deutschland,* cit., pp. 10 ss. *Vide* as ideias fundamentais de K. HESSE na selecção em língua espanhola, *Escritos de Derecho Constitucional* (trad. e prefácio de P. Cruz VILLALON, Madrid, 1983, pp. 33 ss).
KOCH/RUSSMAN—*Juristische Begriindungslehre,* Munchen, 1982.
MULLER, Friederich—*Juristische Methodik,* Berlin, 3.ª ed., 1989
___*Strukturierende Rechtslehre,* Berlin, 1984.

A | *O SISTEMA DE REGRAS/PRINCÍPIOS/ /PROCEDIMENTO COMO PONTO DE PARTIDA PARA UMA METÓDICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE CONCRETIZAÇÃO*

I — O significado das disputas teorético-dogmáticas

1. «Interpretativismo» e «não interpretativismo» na ciência do direito constitucional norte-americana

Antes de se proceder ao estudo dos problemas de interpretação, aplicação e concretização do direito^constitucional, convém tornar transparente o pano de fundo teorético-político subjacente aos vários métodos de interpretação da constituição. Se lançarmos os olhos pelas discussões que, há longos anos, se travam nos Estados Unidos da América, em torno dos problemas da interpretação, verificar-se-á, desde logo, uma bipolarização fundamental entre as direcções chamadas interpretativistas *(interpretivism)* e as correntes designadas por não-interpretativistas *(non interpretivism).*

a) Posições interpretativistas

As correntes interpretativistas consideram que os juizes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o *literalismo* — a competência interpre-tativa dos juizes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite —, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são_gostulados pelo grincípio democrático — a «decisão pelo judicial» não deve substtojr_a,djedsãq política legislativa da jn^iõria^em^ã3tira]^Tstõ2jg_parjel dajrb/e *ofjaw.riào* pode transmutar-se ou ser substituída pela *law ofjudges.* Õ controlo judicial dos actos legislativos tem dois limites claros: o da própria constituição escrita e o da vontade do poder político democrático. Articulando as várias dimensões salientadas pelos autores interpretativistas, (Black, R. Berger, Robert Bork, W. Rehnquist) pode concluir-se:

(1) — A constituição, na sua qualidade de *«síipreme Law ofthe Land»,* constitui e limita o poder político estatal, que, desta forma, não é um poder incon-dicionado mas um poder constitucionalmente conformado.

(2) — O *poder político democrático* é o «valor» fundamental da constituição,
pelo que o poder de fiscalização dos actos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado como um mecanismo excepcional.
(3) — Consequentemente, o controlo judicial em relação a decisões de órgãos
politicamente responsáveis só é admissível (e possível) quando o texto, o elemento genético da interpretação («vontade dos pais fundadores») e a delimitação constitucional de competências permitam deduzir uma «regra» clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucio-nalidade.
(4) — No caso de não ser possível deduzir uma «regra» jurídica, a competência
decisória e *decisiva* para a disciplina jurídica dos problemas pertence aos órgãos democraticamente eleitos (e também democraticamente substituídos por sufrágio).
(5) — *A função* de uma constituição é, a título primário, *institucional* e *proce-*
dimental: compete-lhe estabelecer procedimentos e competências de órgãos (dimensão institucional procedimental) e não fixar teleologica-mente fins ou conteúdos substantivos, como por ex., a liberdade e a justiça (dimensão substantiva).
(6) — Limitar a constituição a um *«instrument of government»* baseia-se em
duas premissas fundamentais de uma ordem democrática e liberal: (a) — a tese do *pluralismo,* que aponta para a necessidade de confiar a órgãos politicamente responsáveis a concretização dos conteúdos de liberdade e de justiça agitados e defendidos com acentuações substantivas diversas pelos vários grupos e correntes (políticos, religiosos, culturais); (b) a tese do *relativismo de valores (skepticism)* que obriga a rejeitar uma visão «fundamentalista» de valores e a dar mais peso (relativo) aos valores defendidos por uma maioria democrática do que às posições de uma minoria ou de um órgão judicial.

b) Posições não interpretativistas (non interpretivism)

De um modo geral, as posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juizes invocarem e aplicarem «valores e princípios substantivos» <— princípios da liberdade e da justiça — contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o «projecto» da constituição. Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os *substantive values* — justiça, igualdade, liberdade — e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juizes uma competência intepretativa. Na performativa formulação de um dos autores mais representativos de «significado substancial da constituição» _J^RT5TORHN^T, OS pontos de partida são os seguintes:
(1) — a *soberania da constituição:* o direito da maioria é limitado pela consti-
tuição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de «standards» (conceitos vagos);
(2) — a *objectividade interpretativa* não é perturbada pelo facto de os juizes
recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até

a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da *constituição* faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade;
(3) — de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o *direito* não é apenas o «conteúdo» de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juizes.
Da enunciação das premissas básicas, alicerçadoras de posições interpretativistas e não interpretativistas, intui-se uma diferença fundamental quanto à compreensão da constituição e da interpretação das normas constitucionais. Esta diferença radica, por sua vez, em pré-compreensões substancialmente diversas de democracia, direito, maiorias/minorias, teorias morais. Uma interpretação objectiva, previsível, democrática, vinculada às regras precisas da constituição é o tema do interpretativismo; uma interpretação — dizem os não interpretativistas — de uma constituição concebida como projecto de ordenação inteligível e susceptível de consenso, dirigida ao futuro, formada por regras concretas e princípios abertos e valorativos, dotada de lacunas e incomple-tudes, é necessariamente um processo de argumentação principiai e objectivante, juridicamente concretizadora, a cargo de uma instância jurisdicional. Como se irá ver, embora o interpretativismo aponte para dimensões indispensáveis de qualquer metódica jurídico-constitucional — objectividade, operacionalidade, rigor, respeito pelo princípio democrático, humildade perante o conflito de valores —, ela baseia-se em postulados teorético-políticos claudicantes:
(1) — o direito constitucional como simples «instrumento de governo» (concepção instrumental);
(2) — a constituição como produto de uma «vontade» constituinte historicamente situada;
(3) — o direito como um sistema fechado de regras precisas, susceptíveis de aplicação;
(4) — um relativismo de valores aparentemente cego a questões substanciais de justiça;
(5) — antidemocraticidade do controlo judicial dos actos normativos.
Estes postulados não estão em sintonia com a estrutura sistémica desenvolvida no capítulo anterior, ou seja, com a constituição entendida como sistema aberto de regras/princípios/procedimento. Consequentemente, o *background* teorético-político das teorias substancialistas e princípios de constituição está mais próximo do *Leitmotiv* informador da concepção defendida no referido capítulo, mas com Uma objecção fundamental: não se defende uma concepção exclusivamente «principiai» (cfr. *supra,* Cap. 2.°) nem se adere a um fundamentalismo valorativo («ordem de valores», «melhor teoria»).

2. «Método jurídico» e «método científico-espiritual» nas disputas teoré-ticas alemãs
Uma discussão que apresenta alguns pontos de contacto com a querela entre interpretativistas e não interpretativistas, é a polémica da doutrina alemã em torno dos chamados «métodos de interpretação da constituição». Também aqui se colocaram face a face duas posições distintas (cfr. *infra* C, 1,4).
(1) *O método-científico-espiritual* (SMEND): a interpretação da constituição não pode separar-se da ideia de constituição como «ordem de valores», cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o «texto», mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional (cfr. *infra* C, I, 4).
(2) *O método jurídico* (FORSTHOFF): a interpretação da constituição não se distingue da interpretação de uma lei e, por isso, para se interpretar o sentido da lei constitucional, devem utilizar-se as regras tradicionais da interpretação (cfr. *infra* C, 1,1).
As compreensões e pré-compreensões subjacentes a estes dois métodos aproximam-se, em larga medida, dos *backgrounds* teoréticos subjacentes, respectivamente, às posições interpretativistas e não interpretativistas. Podem transferir-se para aqui as observações já feitas a este propósito.

II — A abertura para uma metódica estruturante

As considerações anteriores servem já para descodificar o discurso a desenvolver nas páginas subsequentes sobre o problema da interpretação da constituição. Sintetizamos algumas ideias básicas:
(1) — rejeição de qualquer interpretativismo extremo (= *literalismo, textua-*
lismo, originalismo), vinculado a premissas teóricas insustentáveis: a interpretação como revelação de «vontade de um poder» constituinte histórico, identificação do texto com a norma, limitação da interpretação aos preceitos constitucionais transportadores de regras jurídicas, precisas e concretas;
(2) — rejeição do *«desconstruccionismo»* ou *«pós-estruturalismo interpreta-*
tivo», conducente a uma jurisprudência política, disfarçada na necessidade de mediação e integração dos valores presentes numa ordem constitucional;
(3) — articulação da concepção *substantiva de constituição* com o *princípio*
democrático: os parâmetros substantivos da constituição são concretizados político-jurídico-valorativamente pelo legislador e controlados jurídico-valorativamente pelos tribunais;
(4) — ancorar a interpretação da constituição numa *teoria constitucionalmente*
adequada que postula o apelo simultâneo a «valores» substantivos (igualdade, liberdade, justiça), a «valores» procedimentais (processo democrático, eleições), a «valores» formais (forma de lei, do contrato); trata-se, no fundo, de dar operacionalidade prática à concepção de constituição como *sistema normativo aberto de normas, princípios e regras;*

(5) — a interpretação da constituição é interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma *soft law:* as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples «directivas práticas».
O discurso do texto pressupõe o conhecimento da literatura jurídica americana e da doutrina alemã. Relativamente à primeira, os trabalhos mais representativos são os de: RAOUL BERGER, *Government by Judiciary, The Transfor-mation of the Fourteenth Amendment,* Cambridge, Mass, 1977; ROBERT BORK, «Neutral Principies and some First Amendment Problems», in *Indiana Law Journal,* 1(1971); HERBERT WECHSLER, «Toward Neutral Principies of Constitu-tional Law», in *Harward Law Review,* 73, 1(1959); JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review,* Cambridge, Mass, 1980; MICHAEL PERRY, *The Constitution, the Courts, and Human Rights,* New Haven, 1982; RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously; Law's Empire,* Cambridge, Mass, 1985. Um bom resumo destas posições ver-se-á em W. BRUGGER, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeiten in den Vereinigten Staaten von Amerika,* Túbingen, 1987; H. BUNGERT, «Zeitgenõssische Strõmungen in der amerikanis-chen Verfassungsinterpretation», in AÕR, 117,1/1992, p. 71 segs.
Quanto à doutrina alemã, encontra-se um roteiro das principais posições teóricas na colectânea de DREIER/SCHWEGMANN (org), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokwnentation einer Kontroverse,* 1976. Note-se que, embora no texto se refiram posições bi-polares, a dogmática, quer norte-americana quer alemã, é muito mais rica e matizada do que o texto pode deixar entrever. Assim, por ex., a posição de ELY — *ultimate interpretivism, representation-reinforcing* — não se reconduz a qualquer das posições analisadas e contém sugestões importantíssimas a favor de uma interpretação que concilie a «participação demo-crática» com a participação dos juizes na interpretação dos preceitos constitucionais e na concretização das cláusulas vagas, segundo o «espírito da constituição».
A discussão centrada na ideia do direito constitucional como *hard law* ou como *soft law* pode ver-se no recente número da revista *Constitutional Commentary,* 6,1/1989, p. 19 ss.

B | *SENTIDO E CONCEITOS BÁSICOS* **1. A explicação de conceitos**

Uma das formas de clarificar o método de trabalho de concretização constitucional é, desde logo, explicitar o sentido de alguns conceitos que irão ser repetidamente referidos ao longo do presente capítulo e de todo o curso.

a) Realização constitucional

«Realizar a constituição» significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente

eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta «tarefa realizadora» participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres.

b) Interpretação constitucional

Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o *direito* contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma *actividade* — actividade complexa — que se traduz fundamentalmente na «adscrição» de um significado a um enunciado ou disposição linguística; (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído.

A definição do texto põe em relevo a componente adscritivo-decisória da interpretação, afastando-se de uma concepção de interpretação como actividade meramente cognoscitiva ou dirigida ao conhecimento. A actividade do intérprete («discurso do intérprete») reconduz-se à seguinte *forma standard:* «T» significa «S», em que T é a variável do texto normativo (enunciados) e S a variável do sentido ou significado atribuído pelo intérprete ao texto. Cfr., por ex., TARELLO, *finterpretazione delia legge,* Milano, 1980, Cap. I.

c) *Concretização da constituição*

«Concretizar a constituição» traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta — *norma jurídica* — que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais, teremos o resultado final da concretização. Esta «concretização normativa» é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, *o lado «técnico» do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é

igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*[1].

d) Densificação de normas

«Densificar uma norma» significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.

e) Norma e formulação da norma

Deve distinguir-se entre *enunciado* (formulação, disposição) da *norma* e *norma. A formulação da norma* é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de «uma fonte direito»). *Norma* é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). *Disposição* é parte de um texto ainda a interpretar; *norma é* parte de um texto interpretado.

f) Norma constitucional

Por norma constitucional entender-se-á aqui um modelo de *ordenação* juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos *(programa normativo);* (2) por uma .constelação de dados reais *(sector ou domínio normativo).* Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adscrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo.

[1] Cfr. F. *MvLLER,JuristischeMethodik,* 3.ª ed., p. 280; D. BUSSE, «Zum Regel-charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen», in *Rth,* 19 (1988), p. 317.

g) Normatividade

Normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado processo de concretização. O efeito normativo pressupõe a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carecidos de *decisão.* A normatividade não é uma «qualidade» da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização [2].

h) Texto normativo

Considera-se «texto normativo» qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, sendo, por isso, identificável, *prima jade,* como «fonte de direito» num determinado sistema jurídico. Neste sentido, diz-se que um «texto normativo» (uma «fonte de direito») é um conjunto de enunciados do discurso prescritivo. *Discurso prescritivo* (normativo, preceptivo, directivo) é o discurso criado para modificar o comportamento dos homens.

i) Âmbito de regulamentação

Por âmbito de regulamentação entende-se a globalidade dos casos jurídicos eventualmente regulados por uma norma jurídica.

j) Âmbito de protecção

Significa a delimitação intensional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma. Este âmbito é, tenden-cialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente (ex.: o âmbito de protecção da liberdade de expressão e informação determina-se através do confronto das normas constitucionais entre si e destas com os preceitos do Código Penal e da Lei de Imprensa relativos a crimes relacionados com essa liberdade).

[2] Não obstante a oscilação doutrinária na caracterização da «concretização», parece líquido que ela implica sempre a necessidade de introduzir a «realidade», os elementos não normativos, a análise dos conflitos de interesses e dos resultados no procedimento concretizante. Cfr. Hesse, *Grundzuge,* p. 25; Stein, in *Grundgesetz, Alternativkommentar,* vol. I, Anot. 85 da Introdução. Por último, cfr., entre nós, a clarificação de Castanheira Neves, «O actual problema...», RLJ, 119, p. 129 ss.

A *Espaço de interpretação*
Considera-se como espaço de interpretação o âmbito dentro do qual o *programa normativo* (= medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma (cfr. *infra,* F, I limites da interpretação).
Todos estes conceitos vão estar presentes, de forma mais ou menos expressa, na exposição subsequente. Constituirão, assim, um ponto de partida para a descodificação do restante texto relativo às estruturas metódicas. Alguns deles merecerão ainda maior desenvolvimento, se e na medida em que isso se torne necessário para a explicação da matéria[3].

2. Não correspondência biunívoca entre disposições e normas

É muito corrente, em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, a alusão a *«fragmentos* de normas», a *«segmentos* de normas», a «articulação de normas». Convém tomar contacto com estes conceitos que, de resto, são também usuais em obras de doutrina sobre «metodologia jurídica», «linguagem jurídica» e «raciocínio jurídico».
Além de serem conceitos correntes nos discursos jurispruden-ciais e doutrinários, eles constituem importantes instrumentos metódicos no trabalho de interpretação/concretização do texto constitucional.
a) Disjunção de normas
Uma só disposição (formulação, enunciado) pode exprimir uma ou outra norma, segundo as diversas possibilidades de interpretação. Tomemos, como exemplo, o art. 24.°/I da CRP: «A vida humana é inviolável».
Esta disposição pode conter, pelo menos, três normas, consoante o significado que lhe é adscrito.
Norma 1: «a vida humana é inviolável desde o momento do nascimento até ao momento da morte».

[3] A definição dos conceitos bem como a sua utilização sofre grandes oscilações. No texto utilizam-se preferentemente as definições conceituais ancoradas na metódica hermenêutico-concretizante (Hesse) e na metódica normativo-estruturante (F. Muller).

Norma 2: «a vida humana é inviolável desde o momento da concepção até ao momento da morte».
Norma 3: «a vida humana é inviolável desde o momento em que, de acordo com os dados da ciência começa a haver vida intra-uterina até ao momento da morte».
Como se vê, não é indiferente, para efeitos da protecção da vida e da punição da interrupção da gravidez, optar-se por uma ou outra interpretação.
Podemos representar simbolicamente esta disjunção
D -► NI? N2? N3?
b) Conjunção de normas
Muitas disposições exprimem não apenas uma norma, mas várias normas conjuntamente. Tomemos o exemplo do art. 18.°/1 da CRP: «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». Temos aqui, pelo menos, três normas:
NI — Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente aplicáveis*
N2 — Os preceitos constitucionais .... Vinculam *entidades públicas*
N3 — Os preceitos constitucionais ....Vinculam *entidades privadas*
A forma de anotação simbólica será esta: D -+ NI + N2 + N3
c) Sobreposição de normas
Duas disposições podem exprimir normas que se sobrepõem parcialmente. Tomemos, como exemplo, as disposições 3.73 e 277.71 *da CRP.*
Na primeira das disposições consagra-se o *princípio da conformidade* com a constituição das leis, dos demais actos do Estado, das

regiões autónomas e do poder local; na segunda estabelece-se o *princípio da constitucionalidade* das normas. O princípio da conformidade abrange também o princípio da constitucionalidade, mas não se esgota nele, porque se estende a outros actos que não são normas (exs. actos políticos, actos jurisdicionais, actos referendários). Daí que

DI -> NI + N2 + N3
(Normas) (Actos (Actos
políticos) jurisdicioniais)

D2->N1

d) Disposições sem normas

Algumas vezes, os juristas utilizam o conceito de norma num sentido restrito para exprimirem:

(1) — *normas de conduta* (comandos, proibições, autorizações): nem todas as disposições são idóneas para exprimirem normas, mas apenas os chamados *enunciados deônticos,* incidentes sobre condutas ou comportamentos (ex.; CRP, art. *21° 12:* «Ninguém pode ser total ou parcialmente privado de liberdade...»).

(2) — *normas ou regras de conduta autosuficientes:* aqui as regras ou normas de conduta são as *normas completas* que precisam quem deve (pode ou não deve) fazer certas coisas em certas circunstâncias (ex.: art. 28.71 da CRP).

Trata-se de conceitos restritivos pouco operacionais no âmbito do direito constitucional. Em rigor, estes conceitos de normas expulsariam as normas programáticas e os princípios que, como vimos, (cfr. Parte II, Cap. 2.°) constituem normas de grande relevância no sistema aberto da constituição. Os conceitos restritivos conduzir-nos-iam a anotar muitas regras e princípios da constituição com uma interrogação. Assim:

D-+?

e) Normas sem disposição

Com mais interesse metódico-constitucional se apresentam os casos de normas sem disposição. Estruturando-se este curso num *discurso principialista* (= «amigo de princípios»), e caracterizando-se os princípios como normas abertas dotadas de idoneidade normativa

irradiante (cfr. *supra* Parte II, Cap. 2.°), é fácil concluir que, a nível constitucional, poderemos ter muitas vezes normas sem formulação ou enunciado linguístico. Em formulação simbólica:
Exemplo: o princípio do *procedimento justo* ou do *due process.* Este princípio não está enunciado linguisticamente; não tem disposição, mas resulta de várias disposições constitucionais (exs.: arts. 31.°, 32.°, 33.°, 269.73). Por vezes, os princípios não estão formulados ou enunciados em qualquer disposição nem resultam da combinação de várias disposições; consideram-se, porém, princípios jurídicos gerais normativamente vinculantes (ex.: o princípio da *densidade* e *clareza* das leis insíto no princípio da protecção da confiança).
Neste último caso, a «norma principiai» não é *language-depen-dent;* não é fruto de uma interpretação, no sentido atrás definido, pois é elaborada sem qualquer disposição. Trata-se de normas produzidas pelo «direito» mediante integração/concretização.

O discurso do texto pressupõe conhecimentos de teoria jurídica geral, de metodologia e filosofia do direito. As suas fontes de inspiração são, entre tantos, P. Comanducci / R. Guastini (edit.), *Vanalisi dei ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti,* vol. II, Torino, 1989; Castignone / / Guastini / Tarello, *Introduzione alio studio dei diritto,* Génova, 1981, p. 20 ss., Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico,* Torino, 1985, Parte I, Cap. I; C / / O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik,* Munchen, 1979, p. 20, 188, A. Ross, *Directives and Norms,* London, 1968, p. 34 ss., G. H. V. Wright, *Norm andAction,* London, 1963.

3. Sentido da interpretação das normas constitucionais

a) Dimensões metodológicas

Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional.
A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objectivos, transparentes e científicos *(teoria ou doutrina da hermenêutica).*

Interpretar a constituição é uma *tarefa* que se impõe *metodicamente* a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente «justo» através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este *resultado* também de forma racional e controlável (HESSE). Considerar a interpretação como tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é «significativa», mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.

b) Dimensões teorético-políticas

Sob o *ponto de vista teor ético-político,* a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do facto de a constituição ser um *estatuto jurídico do político.* A influência dos valores políticos na tarefa da interpretação *legitima* o recurso aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes, mas não pode servir para alicerçar propostas interpretativas que radiquem em qualquer sistema de *supra-infra* ordenação de princípios (ex.: princípio do Estado de Direito mais valioso que o princípio democrático) nem em qualquer ideia de antinomia (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2.7D) legitimadora da preferência de certos princípios relativamente a outros (ex.: antinomia entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da socialidade solucionando-se a antinomia através do reconhecimento de primazia normativa do primeiro). *O princípio da unidade hierárquico-normativa* da Constituição ganhará, nesta sede, particular relevância.

O princípio da unidade da constituição considerado como princípio interpretativo fundamental foi recentemente estudado por F. MULLER, *Die Einheit der Verfassung.* Já antes, o seu valor hermenêutico havia sido posto em realce por HESSE, *Grundziige,* p. 8; EHMKE, «Prinzipien der Verfas-sungsinterpretation», in *WDSTRL,* n.° 20 (1963), 72. Cfr. também *supra,* Cap. 2, D, V. Para uma breve referência a alguns problemas relacionados com a «carga política» das normas constitucionais cfr. a 3.ª ed., deste Curso, pp. 224 ss. O significado do recurso aos «valores políticos» na interpretação da constituição tem sido objecto de amplo debate doutrinal na Itália, parecendo considerar-se opinião dominante aquela que insiste na legitimidade do recurso a tais valores, mas só e enquanto eles constituírem «valores» positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional a interpretar (não é legitima, assim, a invocação de «valores políticos» baseada no facto de eles corresponderem às directivas das forças hegemónicas ou das forças que detêm o

poder em determinado momento). Sobre o problema cfr. CRISAFULLI, *Le Costituzione e le sue diposizioni di prinzipio,* Milano, 1952, p. 42; MORTATI, «Costituzione (dottrine generali)» in *Ene. dei Dir.,* XI, Milano, 1962, pp. 82 ss.; PENSOVECCHIO LI BASSI, *Vinterpretazione delle norme costituzionali,* Milano, 1972, p. 51 ss. Por último cfr. CHIERCHIA, *Vinterpretazione sistemática delia Costituzione,* Padova, p. 87 ss; R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio Giuridico,* Marino, 1986, p. 119. O debate entre o «método científico-espiritual» (SMEND) e o «método jurídico» (FORSTHOFF) toca também nesta questão do «elemento» político como critério da interpretação das normas constitucionais. Note-se, por último, que o problema da unidade da constituição e o problema das antinomias carecem de iluminação teorético-jurídica num plano mais global. Cfr., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos»* e a *Função Jurídica dos Supremos Tribunais,* Coimbra, 1983, pp. 258 ss; *A Unidade do Sistema Jurídico,* p. 91; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito,* p. 191. No plano constitucional, cfr. a nossa obra, *Constituição Dirigente,* pp. 143 ss., e P. FERREIRA DA CUNHA, *Princípios de Direito,* Porto, 1992, p. 313 ss.; 393 ss.

c) Dimensões teorético-jurídicas

Sob o ponto de vista *teorético-jurídico,* a interpretação das normas constitucionais apresenta, igualmente, particularidades relevantes relacionadas sobretudo com o carácter hierárquico supremo da constituição e com a função de *determinante heterónoma* dos preceitos constitucionais relativamente às normas colocadas num plano hierárquico inferior (cfr. *supra,* Parte II, Cap. I.°/D). Situadas no «vértice» da «pirâmide normativa»,as normas constitucionais apresentam, em geral, uma maior *abertura* (e, consequentemente, uma menor densidade) que toma indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras um «espaço de conformação» («liberdade de conformação», «discricionariedade») mais ou menos amplo. Por isso se afirma implicar o princípio da constitucionalidade a consideração das normas constitucionais como determinantes heteróno-mas das normas inferiores que as concretizem (leis, regulamentos, sentenças). A operação de «densificação» (= concretização, aplicação, interpretação-criação) não se concebe, porém, sem a existência de *determinantes autónomas* introduzidas pelos órgãos concretizadores.

d) Dimensões metódicas

Sob o ponto de *vista metódico,* é indispensável salientar que interpretar uma constituição não se reconduz apenas à fundamentação do «decidir jurídico» de casos concretos submetidos à apre-

ciação jurisdicional com base na constituição (metodologia tradicional); significa também estruturar operadores de concretização (= modos ou regras de densificação) válidos para a aplicação das normas constitucionais pelo legislador e pela administração — *metódica jurídica.*

é) Dimensões teorético-linguísticas

Sob o ponto de vista da *linguística e da filosofia da linguagem,* o ponto de partida da interpretação das normas constitucionais é o postulado da constitucionalidade (= postulado da vinculação da lei constitucional). Os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o *dito* pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão). Isso significa que a tarefa da interpretação, linguisticamente considerada, é fundamentalmente a investigação do *dito* na lei constitucional (= indagação da *mens legis* da teoria objectiva na hermenêutica tradicional). Sob o ponto de vista da linguística, a interpretação das normas constitucionais será, assim, uma *interpretação semântica* das formulações normativas do texto constitucional, que se preocupa fundamentalmente em determinar o *significado* das expressões linguísticas nelas contidas. Note-se, porém, que, sendo a interpretação uma operação de carácter *linguístico* realizada num determinado *contexto* histórico-social, isso significa: (a) a interpretação refere-se sempre a normas reveladas por enunciados linguísticos, e não a qualquer intenção ou vontade da lei *(mens/voluntas legis)* ou do legislador *(mens/voluntas legislatoris);* (b) a interpretação é uma actividade condicionada pelo *contexto,* pois efectua-se em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados «usos» linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado. O primeiro ponto (a) é importante porque marca uma decidida ruptura com a metodologia tradicional quer da interpretação subjectiva (interpretação = *investigação da mens legislatoris)* quer da interpretação objectiva (interpretação = *investigação da mens legis).* A atribuição de um significado (mediação semântica de um enunciado linguístico-normativo) não procura ou investiga «vontades» com «pré-existência real»; estas «vontades» só podem ser tomadas em conta no processo de interpretação se e na medida em que tenham expressão linguística. O segundo ponto (b) chama-nos a atenção para

a ideia de considerar o espaço semântico dos conceitos ou palavras como susceptível de alteração em função do próprio contexto.

f) Dimensões teorético-constitucionais

No plano *teorético-constitucional* (também no plano teoré-tico-jurídico e teorético-político), a interpretação da constituição conexiona-se com a problemática do *historicismo e actualismo,* há muito discutida na hermenêutica jurídica. O domínio constitucional seria até o espaço jurídico mais adequado para uma perspectiva *actualista* (= evolutiva, recreativa) (MORTATI) da interpretação, dada a necessária repercussão das mudanças político-sociais e do desenvolvimento dos elementos políticos do ordenamento na valoração do conteúdo das disposições constitucionais. Entre um «objectivismo histórico», conducente à rigidificação absoluta do texto constitucional, e um «objectivismo actualista» extremo, legitimador de uma «estratégia política» de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir o desenvolvimento (= actualização, evolução) do «programa constitucional», mas sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa (isto implica proibição de rupturas, de mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas cfr. *infra,* D, 1.1)[4].

C I *MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO*

I — Os métodos da interpretação da constituição

A questão do «método justo» em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina jus-publicística. No momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação

[4] Adiante, assinalaremos os limites da interpretação da constituição, a propósito das transições constitucionais e das modificações tácitas. Sobre o problema, cfr., em geral, LERCHE, «Stiller Verfassungswandel ais aktueller Politikum», in *Festgabe Th. Maunz,* Munchen, 1971. pp. 285 ss; CHIERCHIA, *LInterpretazione Sistemática,* p. 127.

[4a] Cfr. K. STERN, *Staatsrecht,* I, p. 21.

das normas constitucionais é um *conjunto de métodos,* desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares [4a]. Não interessando tanto a este curso a problemática geral das «querelas metodológicas» da interpretação (cfr. *supra)* como o fornecimento de instrumentos práticos e específicos da concretização de normas constitucionais, limitar--nos-emos a simples indicações teorético-metodológicas para melhor inteligibilidade da matéria.

1. O método jurídico (= método hermenêutico clássico)

Este método parte da consideração de que a constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a constituição é interpretar uma lei *(tese da identidade:* interpretação constitucional = interpretação legal). Para se captar o sentido da lei *constitucional* devem utilizar-se os *cânones ou regras* tradicionais da hermenêutica. O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da *utilização como elementos interpretativos:* (i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (= elemento racional); (iiiii) do elemento genético.
A articulação destes vários factores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma *interpretação jurídica* (= método-jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito [5]

2. O método tópico-problemático (tópoi: esquemas de pensamento, raciocínio, argumentação, lugares comuns, pontos de vista).

Este método, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (a) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.
A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intér-

[5] A defesa estrita do método jurídico no plano da interpretação constitucional foi feita em termos vigorosos por Forsthoff, na sua polémica contra o chamado *método científico-espiritual da interpretação.* Cfr. alguns aspectos desta polémica na 3.ª edição deste Curso, pp. 229 ss, e em Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais,* pp. 116 ss.

pretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção *(inventio)* e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão.

A concretização do texto constitucional a partir dos *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (HESSE) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. MÚLLER) [6].

3. O método hermenêutico-concretizador

Este método arranca da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma *compreensão de sentido,* um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade prático-normativa, *concretizando* a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré--compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto,* actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em «movimento de ir e vir» (circulo hermenêutico).

O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento proble-maticamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema [7].

[6] Nas suas estruturas essenciais, a argumentação tópica remonta à antiga retórica (cfr. sobre isso ViEHWEG, *Topik und Jurisprudenz,* 5.ª ed., 1974). Historicamente, os métodos tópicos surgem quando o jurista pretende (no plano ideológico, político cultural) enfrentar o dogma da primazia da lei e do direito positivo. Cfr., entre nós, BAPTISTA MACHADO, *Prefácio à Introdução do Pensamento Jurídico,* de KARL ENGISCH, pp. XV ss.

[7] A teorização fundamental deste método deve-se a K. HESSE, *Grundzuge des Verfassungsrechts,* pp. 11 ss, que desenvolveu um catálogo de tópicos de interpretação a que se fará referência no texto. Cfr. também, F. MULLER, *Juristische Metho-dilc,* pp. 173 ss.

4. O método científico-espiritual (= método valorativo, sociológico)
As premissas básicas deste método baseiam-se na necessidade de interpretação da constituição dever de ter em conta: (i) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do *processo de integração.* O recurso à ordem de valores obriga a uma «captação espiritual» do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o *sentido e realidade* de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a *integração* espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado) [8].
5. A metódica jurídica normativo-estruturante
Os postulados básicos desta metódica são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa «decisão prática» (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a *estrutura* da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processso de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo;* (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. MÚLLER), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um «domínio normativo», isto é, um «pedaço de realidade social» que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) consequentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa) [9].
[8] O método científico-espiritual é desenvolvido em termos muito variados e o seu fundamento filosófico-jurídico também não é claro. O pensamento da integração de SMEND é aqui sistematicamente invocado. Para uma visão global cfr. GOERLICH, *"ertordnung und Grundgesetz-Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfas-sungsgerichts,* Baden-Baden, 1973. Cfr. também a 3.ª edição deste *Curso de Direito Constitucional,* pp. 229 ss; PAULO BONAVIDES, *Direito Constitucional,* pp. 317 ss.
[9] A metódica estruturante tem sido sobretudo tematizada e problematizada por E MÚLLER. Cfr. *Juristische Methodik,* p. 144 ss; *Strukturierende Rechtslehre,* Berlin, 1984, p. 225 ss. Algumas das premissas teoréticas e metodológicas da metódica jundico-estruturante são acolhidas neste curso como se poderá deduzir das páginas seguintes.

II — Interpretação e dimensões jurídico-funcionais

Fala-se de perspectiva metódica jurídico-funcional quando, na interpretação-concretização das normas constitucionais, se tomam, como ponto de partida, as características funcionais específicas das competências de decisão dos vários órgãos constitucionais. A base metódica do trabalho interpretativo concretizador seria, portanto, esta: as funções do Estado são exercidas por aqueles órgãos que, segundo a sua estrutura interna, composição e métodos de trabalho, estão legitimados para tomar decisões eficientes segundo procedimentos justos e para suportar a responsabilidade pelos resultados da decisão [9a].

Esta perspectiva jurídico-funcional intervém, umas vezes, no plano da discussão da metodologia jurídica em geral; noutros casos, é agitada sobretudo para demarcar os limites entre as competências do legislador e do Tribunal Constitucional.

DI *REGRAS BÁSICAS DE CONCRETIZAÇÃO*

I — Ponto de partida jurídico-constitucional: postulado normativo da constitucionalidade

Num ordenamento jurídico dotado de uma constituição escrita, considerada como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupõem-se como pontos de partida normativos da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais *(constitutional construction* na terminologia americana):

(1) A consideração de *norma* como elemento primário do processo interpretativo.

(2) A mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intenção) semântico do texto constitucional como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional.

(3) Independentemente do sentido que se der ao elemento literal (= gramatical, filológico), o processo concretizador da norma da cons-

[9a] Cfr. Gomes Canotilho, «A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional», in Jorge de Miranda, (coord.), *Nos dez anos da Constituição,* 1986, p. 351. Cfr. também Rinken, *Alternativ-Kommentar zum GG,* vol. 2, anotação 61 e segs. aos arts. 93.° e 94.°

tituição começa com a *atribuição de um significado* aos enunciados linguísticos do texto constitucional.

1. Mediação do conteúdo semântico

O facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (= processo metódico) não significa que o *texto* ou a *letra* da lei constitucional contenha já a *decisão do problema* a resolver mediante a aplicação das normas constitucionais. Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, deve considerar-se que:

(1) a letra da lei não dispensa a *averiguação do seu conteúdo semântico;*

(2) a *norma constitucional* não se identifica com o *texto;*

(3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o *problema* carecido de decisão. Interessa, porém, tornar mais claras as várias dimensões da norma, para se evitar quer as sobrevivências do positivismo quer as encapu-çadas desvalorizações da norma (sociológicas, ideológicas, metodológicas):

(1) Componentes fundamentais da norma *Programa normativo* = componente linguística
Domínio ou sector normativo = componente real, empírica,
fáctica *Norma* = Programa normativo + domínio normativo.

(2) O *programa normativo* é o *resultado* de um processo parcial de concretização (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na *interpretação do texto* normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado linguístico da norma como ponto de partida do processo de concretização (dados linguísticos).

(3) O *sector normativo* é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma).

(4) A norma jurídico-constitucional é, assim, um *modelo de ordenação orientado para uma concretização material,* constituído por

uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um «campo» de dados reais (factos jurídicos, factos materiais).

(5) Da compreensão da norma constitucional como estrutura formada por duas componentes — o «programa da norma» e o «domínio da norma» — deriva o sentido de *normatividade constitucional:* normatividade não *é* uma «qualidade» estática do texto da norma ou das normas mas o efeito global da norma num processo estrutural entre o programa normativo e o sector normativo.

(6) Este processo produz, portanto, um *efeito* que se chama normativo, ou, para dizermos melhor, a normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado *processo de concretização* (cfr. *infra,* D, **III,** 4, o gráfico ilustrativo do procedimento concretizador). Compreende-se, assim, a necessidade de manter sempre clara a distinção entre *norma* e *formulação* (disposições, enunciado) *da norma:* aquela é *objecto* da interpretação; esta é o *produto* ou *resultado* da interpretação [10].

2. Dificuldades de investigação do conteúdo semântico da norma

A investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma *operação de determinação* (= operação de densifi-cação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional porque:

(1) os elementos linguísticos das normas constitucionais são, muitas vezes, *polissémicos ou plurisignificativos* (exs.: os conceitos de Estado, povo, lei, trabalho, têm vários sentidos na constituição);

(2) os enunciados linguísticos são, noutros casos, *vagos* (= conceitos vagos, conceitos indeterminados), havendo, ao lado de «objectos» que cabem inequivocamente no âmbito conceituai (= candidatos positivos) e ao lado de objectos que estão claramente excluídos do âmbito intencional do conceito (= candidatos negativos), outros objectos em relação aos quais existem sérias dúvidas quanto à sua caracterização (= candidatos neutrais). Exs. «independência nacional» (arts. 7.°-l, 10.°-2, 81.7g, 88.°, 123.°, 273.°-2, 288.7a);

[10] Cfr. F. Muller, *Juristische Methodik,* 3.ª ed., p. 144 ss.; Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico,* p. 129.

(3) os conceitos utilizados pela constituição são muitas vezes *conceitos de valor* (exs.: dignidade da pessoa humana, independência nacional, dignidade social), isto é, conceitos com «abertura de valo-ração» e que, por isso mesmo, têm de ser preenchidos, em grande medida, pelos órgãos ou agentes de concretização das normas;
(4) os preceitos constitucionais contêm, noutros casos, *conceitos de prognose* que implicam, muitas vezes, a antecipação de consequências futuras, dificilmente dedutíveis da simples mediação do conteúdo semântico. Ex.: «grave ameaça ... da ordem constitucional» (art. 19.72) »;

3. Texto da norma e norma

O recurso ao «texto» para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre *texto* e *norma.* Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o «sinal linguístico»; a norma é o que se «revela» ou «designa».

4. Sentido da norma e convenções linguísticas

O recurso ao *texto* constitucional, não obstante as dificuldades das operações de determinação dos enunciados linguísticos das normas constitucionais, tem este sentido básico no processo metódico de concretização: (1) o conteúdo vinculante da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados linguísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções linguísticas relevantes; (2) a formulação linguística da norma constitui o *limite externo* para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto).
Como é sabido, considera-se hoje que o significado de um enunciado linguístico é fixado através de convenções linguísticas. E aqui surge logo o primeiro problema, porque na interpretação da lei cons-titucional podem ser tomadas em consideração duas convenções linguísticas diferentes. Isto num duplo sentido: (1) escolha entre a conven-

[11] Sobre os conceitos referidos no texto ('vaguidez', 'prognose', 'polissemia') e sobre as dificuldades e limites da mediação do conteúdo semântico cfr. Koch/ /Russmann, *Juristische Begrundungslehre,* Munchen, 1982, pp. 188 ss.; L. Warat, *O direito e a sua linguagem,* Porto Alegre, 1988, p. 76 ss.

ção baseada no *uso científico* e a convenção baseada no *uso normal;* (2) escolha entre a convenção (científica ou normal) linguística do tempo em que surgiu a lei constitucional e convenção do tempo da sua aplicação (historicismo e actualismo) [n].

II — Segunda ideia fundamental: o programa normativo não resulta apenas de mediação semântica dos enunciados linguísticos do texto

1. Os elementos de interpretação

O programa normativo não é apenas a soma dos dados linguísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível puramente semântico. Outros elementos a considerar são: (1) a sistemática do texto normativo, o que corresponde tendencialmente à exigência de recurso ao elemento sistemático; (2) a *genética* do texto; (3) a *história* do texto; (4) a *teleologia* do texto. Este último elemento «teleologia do texto normativo» aponta para a insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém e daí o recurso à *pragmática* (cfr. *supra* **B,** 3/e).

2. A função pragmática do texto da norma

Como se acabou de ver, palavras e expressões do texto da norma constitucional (e de qualquer texto normativo) não têm significado autónomo, ou seja, um significado «em si», se não se tomar em conta o momento de decisão dos juristas e o carácter procedimental da concretização de normas. Daí que:

(1) A decisão dos «casos» não seja uma «paráfrase» do texto da norma, pois o texto possui sempre uma dimensão comunicativa (prag-

[12] Sobre este último ponto cfr. Larenz, *Methodenlehre,* p. 308 ss. Que o elemento gramatical obriga a decidir entre vários usos dos sinais linguísticos é posto em relevo por F. Muller, *Juristische Methodik,* p. 152. Na jurisprudência e doutrina americanas os dois cânones de «constitutional construction» mais utilizados têm sido os seguintes: (1) as palavras ou termos da constituição devem ser interpretadas no seu sentido normal, natural, usual, comum, ordinário ou popular; (2) quando se utilizam termos técnicos eles devem ter o sentido técnico. Cfr. Antieau, *Constitutional Construction,* cit., p. 11 ss, 18 ss.

mática) que é inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões linguísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos privados (neste sentido falam também as correntes hermenêuticas do efeito criador da «pré-compreensão).
(6) O texto da norma aponta para um *referente,* o que quer dizer constituir o texto um sinal linguístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto.

3. A análise do «sector normativo» como processo parcial do processo global de concretização das normas constitucionais

Relevante para o processo concretizador não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de norma. O significado do texto aponta para um *referente,* para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo) mas também a uma *racionalidade material.* Compreende-se, pois, que:
(1) seja necessário delimitar um *domínio ou sector de norma* constituído por uma quantidade de determinados elementos de facto (dados reais);
(2) os elementos do domínio da norma são de diferente natureza (jurídicos, económicos, sociais, psicológicos, sociológicos).
(3) a análise do domínio da norma é tanto mais necessária: (a) quanto mais uma norma reenvie para elementos não-jurídicos e, por conseguinte, o *resultado* de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise empírica do domínio de norma; (b) quanto mais uma norma é aberta, carecendo, por conseguinte, de concretização posterior através dos órgãos legislativos.
Por outras palavras: se a importância da análise do domínio material se move numa escala cujos limites são: (1) a *determinação máxima* do texto da norma nos casos de preceitos em que o imperativo linguístico do texto é forte (exs.: prazos, definições, normas de organização e de competência); (2) a *determinação mínima* do texto da norma, como acontece nos preceitos que reenviam para elementos não-jurídicos ou que contêm «conceitos vagos» (ex.: «sectores básicos da economia», «correcção das desigualdades de riqueza e de rendimentos», «dignidade humana»).

4. O

espaço de interpretação e o espaço de selecção

A análise dos dados linguísticos (programa normativo) e a análise dos dados reais (sector ou domínio normativo) não são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização. A articulação dos dois processos é necessária, desde logo, porque:

(1) O programa normativo tem uma *função* de *filtro* relativamente ao domínio normativo, sob um duplo ponto de vista: (a) como limite negativo; (b) como determinante positiva do domínio normativo.

(2) A função de filtro do programa normativo significa que é ele que separa os factos com efeitos normativos dos factos que, por extravazarem desse programa, não pertencem ao sector ou domínio normativo (função positiva do programa normativo).

(3) Como o programa normativo é obtido principalmente a partir da interpretação dos dados linguísticos, deduz-se o *efeito de limite negativo do texto da norma* (TN): prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto (gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação.

(4) Consequentemente, o espaço de interpretação, ou melhor, o *âmbito de liberdade de interpretação* do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados cons-titucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma.

(5) O programa normativo, considerado como resultado da interpretação do texto de norma, é também o elemento fundamental do chamado *espaço de selecção de factos constitutivos* do domínio normativo: só podem incluir-se no âmbito possível do domínio normativo as quantidades de dados reais compatíveis com o programa normativo.

III — Norma jurídica

1. Norma jurídica: modelo de ordenação material

O processo de concretização normativo-constitucional, iniciado com a mediação do conteúdo dos enunciados linguísticos (programa

normativo) e com a selecção dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa de norma, conduz-nos a uma primeira ideia de *norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e* constituído por: (a) uma *medida* de ordenação linguisticamente formulada (ou captada através de dados linguísticos); (b) um conjunto de dados reais seleccionados pelo programa normativo (domínio normativo).

A este nível, a norma jurídica é ainda uma *regra geral e abstracta,* que representa o resultado intermédio do processo concreti-zador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a *normatividade concreta,* a norma jurídica precisa de revestir o carácter de *norma de decisão.*

_2._ Norma de decisão

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a «medida de ordenação» nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma *normatividade actual e imediata* através da sua «passagem» a *norma de decisão* que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa (cfr. *infra,* D, 4, gráfico do procedimento concretizador).

3. O sujeito concretizante

Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, concluiu-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação meto-

dica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do carácter aberto, indeterminado e polissémico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou de concretização — legislativo, judicial, administrativo —, se aproxime a norma constitucional da realidade.

4. O trabalho metódico de concretização

Num Estado de direito democrático, o trabalho metódico de concretização é um *trabalho normativamente orientado.* Como corolários subjacentes a esta postura metodológica assinalam-se os seguintes.

(1) O jurista concretizador deve trabalhar a partir do *texto da norma,* editado pelas entidades democrática e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional.

(2) A *norma de decisão,* que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma «grandeza autónoma», independente da norma jurídica, nem uma «decisão» voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral. A distinção positiva das funções concretizadoras destes vários agentes depende, como é óbvio, da própria constituição, mas não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias:

a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da constituição que «densificam» outros princípios (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2, C);

b) nível político-legislativo: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de «decisões políticas» com densidade normativa — os actos legislativos —, os preceitos da constituição;

c) nível executivo e jurisdicional: com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.

E I *O «CATALOGO-TÕPICO» DOS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL*
O catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico--concretizante. Este catálogo, diversamente formulado, tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.
A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *praxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurí-dico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da «base de compromisso» cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade).
I — Princípios de interpretação da constituição
1. O princípio da unidade da constituição
O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como «ponto de orientação», «guia de discussão» e «factor hermenêutico de decisão», o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (cfr. *supra,* Cap. 2.7D-IV) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais

não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios [13].

2. O princípio do efeito integrador

Anda muitas vezes associado ao princípio da unidade e, na sua formulação mais simples, o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como *tópico* argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a redu-cionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

3. O princípio da máxima efectividade

Este princípio, também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

4. O princípio da «justeza» ou da conformidade funcional

O princípio da conformidade constitucional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei

' Cfr. K. Stern, *Staatsrecht,* cit., p. 123 ss; Hesse, *Grundzúge,* p. 26.

constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE). E um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional (cfr. infra, Parte IV, Cap. 30.°), nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autónomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição [14].

5. O princípio da concordância prática ou da harmonização

Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens [15] (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão II).

O princípio da harmonização ou concordância prática implica «ponderações» nem sempre livres de carga política. A existirem essas ponderações, não

[14] Cfr. SCHUPPERT, *Funktionellrechtlich Grenzen der Verfassungsinterpretation,* 1980, p. 6.

[15] Este tópico da interpretação constitucional — princípio da concordância prática — embora tenha sido ultimamente divulgada na literatura juspublicística sobretudo por influência de K. HESSE, *Grundzuge,* cit., p. 27, há muito que constitui um *cânon of constitutional construction* da jurisprudência americana: «It is a cardinal rule of constitutional construction that the interpretation, it possible, shall be such that the provision should harmonize with ali others», Arizona Court, cit. por C. I. ANTIEAU, *Constitutional Construction,* London/Rome/New York, 1982, p. 27.

devem efectuar-se numa única direcção. Por isso é que os autores levantam reticências à consideração do princípio *in dúbio pro libertate* como princípio de interpretação (cfr. P. Schneider, *«In dúbio pro libertate»,* in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben,* II, 1960, p. 263; Maihofer, *Bitburger Gespràche,* 1976, p. 150). Neste sentido, cfr. Hesse, *Grundzúge,* cit., p. 27; Stern, *Staats-recht,* p. 123.

6. O princípio da força normativa da constituição

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a «actualização» normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

II — O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição

Este princípio é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurisignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas 'contra legem'* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpre-

tacão consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais [16].
Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado Ínterpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição,* por incons-titucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juizes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessinto-nia com os objectivos pretendidos pelo legislador [17].

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição e respectivos limites não é desconhecido da jurisprudência constitucional. Cfr., por ex., ACSTC 398/89, DR, I, 14-9; 63/91, DR, II, 3-7; 370/91, DR, II, 2-4, 444/91, DR, II, 2-4; 254/92, DR, I, 31-7.

F | *LIMITES DA INTERPRETAÇÃO*

I — Nos limites da interpretação constitucional

1. As mutações constitucionais

O esquema conceituai acabado de esboçar permite-nos abordar

[16] A elaboração e desenvolvimento destes princípios encontra-se nos autores que se orientam segundo o método hermenêutico concretizador (HESSE), a metódica normativo-estruturante (F. MÚLLER) e a hermenêutica da 'praxis' jurídica ou teoria da decisão racionalizada (M. KRIELE). Cfr. HESSE, *Grundziige,* pp. 26 ss.; F. MÚLLER, *Juristische Methodik,* pp. 168 ss.; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung,* pp. 125 ss. Para outras informações cfr. a 3.ª edição deste Curso, pp. 234 ss. Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 232.

[17] LEIBHOLZ/RINCK/HESSELBERGER, *Grundgesetz, Kommentar,* 6.ª ed., 1989, I p. 11; HESSE, *Grundziige,* p. 29; PRÚMM, *Verfassung und Methodik,* p. 118 ss.

criticamente o problema das *transições ou mutações constitucionais (Verfassungswandlungen).*
Antecipando alguma coisa do que será dito a propósito da revisão da constituição, considerar-se-á como *transição constitucional* a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.
A *alteração constitucional (Verfassungsànderung)* consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional[18].
O problema que agora se nos põe é o de saber se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio «normal» da interpretação (K. STERN). Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa. Neste momento, tentar-se-á precisar melhor o problema da chamada *mutação normativa.*
A rejeição da admissibilidade de mutações constitucionais por via interpretativa não significa qualquer aval a um entendimento da constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional. Pese embora o exagero da formulação, há alguma coisa de exacto na afirmação de LOEWENS-TEIN, quando ele considera que uma «constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rei* heraclitiano de todo o ser vivo» [19].
Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo *(Normprogramm),* e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional,* ou seja, alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional[20]. Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser

[18] Sobre estas noções de *transições e alterações constitucionais* cfr. ROGÉRIO SOARES, «Constituição», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública;* LOE-WENSTEIN, *Teoria de la Constitucion,* cit., p. 164; HESSE, *Grundzuge,* cit., p. 16, 21 e 30; RICHTER, *Bildungsverfassungsrecht,* 1973, p. 34; MOLLER, *Strukturierende Rechtslehre,* p. 363 ss. Por último, cfr. W. HÕFFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation,* Berlin, 1987, p. 186.
[19] Cfr. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitucion,* cit., p. 164.
[20] Convertendo este princípio no seu contrário, exacerbando as relações de tensão entre direito constitucional e a realidade constitucional cfr. LUCAS PIRES, *A Teoria*

firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas *mutações constitucionais silenciosas ('stillen Verfassungswandlungen')* é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional[21].

Por outras palavras que colhemos em K. STERN: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema *normativo-endogenético,* mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética.*

Problema mais complicado é o que se levanta quando existe uma radical *mudança de sentido* das normas constitucionais (exs.: considerar que, no art. 53.°, se incluam no conceito de justa causa de despedimento, os despedimentos por motivos económicos objectivos; admitir que no art. 36.71 estão previstos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo).

Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos,* pretenda «constitucionalizar» uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *cons-titutio scripta.* A recente concepção de constituição como *concentrado* de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, aponta para a necessidade da *interpretação da constituição de acordo com as leis,* a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões económico-sociais. Esta *leitura da constituição de baixo para cima,* justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *derrocada* interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à

da Constituição de 1976, p. 125 ss; No sentido do texto, cfr., por último, HÖFFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation,* cit., p. 189.

[21] Próximo desta posição cfr. HESSE, *Grundzúge,* cit., pp. 17 e 30; MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht,* cit., p. 54. Em sentido divergente, considerando as mutações constitucionais como uma forma legítima de *complementação* e desenvolvimento do direito constitucional mas não como um acto de interpretação, *vide* RICHTER, *Bildungsverfassungsrecht,* cit., pp. 34 ss. Cfr., por último, no sentido do texto, F. MÚLLER, *Strukturierende Rechtslehre,* p. 364. Aludindo à ideia de direito constitucional como «concentrado de direito infraconstitucional», cfr. M. KLOEPFER, « *Verfassungsausweitung...».*

formação de uma *constituição legal* paralela, pretensamente mais próxima dos momentos «metajurídicos» (sociológicos e políticos)[22]. Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: *Ver-fassungsentwicklungsprimai)* e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade cons-titucional [23].

2. Interpretação autêntica

Fora das possibilidades da interpretação constitucional se deve situar a interpretação conhecida na metodologia geral do direito por *interpretação autêntica.* Por interpretação autêntica entende-se, geralmente, a interpretação feita pelo órgão da qual emanou um determinado acto normativo (ex.: o sentido de uma lei é fixado «autenticamente» por outra lei; um regulamento com equivocidade de sentidos é interpretado por outro regulamento). Para além da clara dimensão voluntarista inerente à ideia de interpretação autêntica, no âmbito da interpretação da constituição só poderá falar-se de interpretação autêntica quando uma nova lei constitucional, através do processo de revisão constitucionalmente fixado, vier esclarecer o sentido de alguns preceitos contidos no texto constitucional. Uma *interpretação autêntica* da constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável. Por um lado, o legislador não pode pretender «fixar» o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis por ele editadas. Neste caso, ele é o seu «criador», admitindo-se que, se ele pode criar e revogar uma lei, por maioria de razão a poderá interpretar. Por isso, o art. 91.71 da Constituição de 1933 consagrava expressamente a competência da Assembleia

[22] Cfr. Hesse, *Grundzuge, ob. loc. cit.*

[23] Cfr. B. O. Bryde, *Verfassungsentwicklung,* p. 452; Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation,* cit., p. 194; P. Kirchhof, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», in Isensee/Kirchhof, *Handbuch,* Vol. I, p. 795. Entre nós, realçando com veemência as situações de impasse entre o direito constitucional e a realidade constitucional, cfr. Lucas Pires, *A Teoria da Constituição de 1976,* p. 30 ss.

Nacional para «fazer leis, *interpretá-las,* suspendê-las ou revogá-las». Todavia, em relação às normas constitucionais o legislador não está nesta situação privilegiada. Ele é um dos destinatários das normas constitucionais (e, em relação a algumas normas, o destinatário por excelência), cumprindo-lhe concretizar a constituição, mas não é «dono» das normas constitucionais para poder, *ex voluntate,* fixar o sentido dessas normas. Acresce que um lei hipoteticamente inter-pretativa da constituição poderia conter uma *interpretação inconstitucional,* daí decorrendo o perigo, já assinalado, da formação de um «concentrado constitucional» paralelo, conducente à substituição do princípio da constitucionalidade das leis pelo da legalidade da constituição, legalidade essa que poderia até ser inconstitucional[24].

3. As **normas constitucionais inconstitucionais ('verfassungswi-drige Verfassungsnormen')**

a) *Contradições transcendentes*

O problema das *normas constitucionais inconstitucionais* é levantado por quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte. É perfeitamente admissível, sob ponto de vista teórico, a existência de *contradições transcendentes,* ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os «valores», «directrizes» ou «critérios» materialmente informadores da modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, ideia de direito). A questão da *constitucionalidade da constituição* suscita, logicamente também o problema de saber quem controla a conformidade da constituição com o direito supraconstitucional. O Tribunal Constitucional Alemão, ao admitir uma *ordem de valores* vinculativamente modeladora da constituição, considerou-se igualmente competente para «medir» valorativamente a própria constituição. O Tribunal Constitucional teria um papel de «guia» na defesa da ordem de valores constitucionais.

Desta forma dar-se-ia uma resposta material e racionalmente fundada em valores suprapositivos (embora não metajurídicos). Com isso, porém, o Tri-

[24] Rejeitando expressamente a possibilidade de interpretação autêntica do legislador ordinário, cfr. LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetz, Kommentar,* 4.ª ed., cit., p. 10 e, entre nós, G. CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* p. 53.

bunal envolve-se na complexa questão do *fundamento* da ordem constitucional (o chamado *Fundierungsproblem)* e arroga-se a uma autoridade discutivel-mente ancorada não apenas na constituição, mas também (por julgar isso inerente à função judicial) na própria ideia de direito. Veja-se a crítica de F. MULLER, *Die Einheit der Verfassung,* p. 50 ss, 128 ss, a esta doutrina das normas constitucionais inconstitucionais.

b) *Contradições positivas*

Diversa da hipótese acabada de configurar, é a *contradição positiva* entre uma norma constitucional escrita e outra norma constitucional também escrita.

Nestes casos, a existência de normas constitucionais inconstitucionais continua a ser possível, desde que se conceba (o que neste curso se rejeita) uma relação de hierarquia entre as próprias normas constitucionais. Dito por outras palavras: a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior *(rangniedere Norm)* e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior *(ranghõere Norm).* A contradição positiva poderá resultar também da contradição entre uma norma constitucional escrita e um princípio não escrito. A este respeito, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) da Alemanha, fixou a doutrina de que «uma norma constitucional pode ser nula se ofender de um modo insuportável os postulados fundamentais da justiça subjacentes às 'decisões' *(Grundentscheidungen)* fundamentais da constituição» [2S]. Deve também observar-se que, de acordo com os ensinamentos atrás explanados a propósito da *optimização dos princípios* (cfr. *supra* Parte II, Cap. 2.°, II e III), o problema das normas constitucionais inconstitucionais pode reconduzir-se, antes, a um *conflito de princípios/valores* susceptíveis de soluções, *prima jade,* harmonizatórias.

A probabilidade da existência de uma norma constitucional originariamente inconstitucional é bastante restrita em estados de direito democrático-constitucionais. Por isso é que a figura das normas constitucionais inconstitucionais, embora nos reconduza ao problema fulcral da validade material do direito, não tem conduzido a soluções práticas dignas do registo [26]. Isso mesmo é confirmado pela jurispru-

[25] Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht,* cit., pág. 260; LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetz, Kommentar,* cit., p. 12.

[26] Isto mesmo reconheceu o próprio *Bundesverfassungsgericht.* Cfr. LEIHHOLZ--RINCK, *Grundgesetz,* cit., pág. 13. Entre vós, *vide* a tentativa de dar operatividade

dência constitucional portuguesa. O problema das normas constitucionais inconstitucionais foi posto no Ac. 480/89, onde se contestou a legitimidade da norma constitucional proibitiva do *lock-out* (art. 57.73). O Tribunal Constitucional afastou o cabimento da questão mas não tomou posição quanto ao problema de fundo.

4. A interpretação da constituição conforme as leis ('gesetzeskon-form Verfassungsinterpretation')

Como a própria expressão indica, estamos a encarar a hipótese da interpretação da constituição em conformidade com as leis e não a das leis em conformidade com a constituição. A expressão deve-se a LEISNER e com ela insinua-se que o *problema da concretização* da constituição poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias. Nestas leis encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação das fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais.

A utilidade da interpretação constitucional conforme as leis seria particularmente visível quando se tratasse de leis mais ou menos antigas, cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional. A interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela pretende também abarcar as hipóteses de alterações do sentido da constituição, mais ou menos plasmadas nas leis ordinárias. Estas leis, que começaram por ser actuações ou concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua mais imediata ligação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em «indicativos» das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou. Do direito infraconstitucional partir-se-ia para a concretização da Constituição.

A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da ideia de uma

prática a normas constitucionais inconstitucionais em AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* Vol. I, p. 299, e CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito,* cit., pp. 7 ss. Cfr., porém, a refutação em JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976,* cit., pp. 203 ss, e *Manual,* Vol. II, pp. 538 ss, em termos que, na sua globalidade, julgamos pertinentes e correctos. Na fundamentação das posições é que a questão se poderia pôr num plano diferente do escolhido por este autor. Entre nós cfr. por último, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor Jurídico do Acto Inconstitucional,* p. 128 ss; CARDOSO DA COSTA, «A hierarquia das normas,...», p. 20.

constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional,* quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a *legalidade da constituição* a sobrepor-se à *constitu-cionalidade da lei.*

II — A complementação da lei constitucional

1. O significado constitucional da integração

Distingue-se tradicionalmente entre *interpretação e integração.* A interpretação pressupõe a possibilidade de indagação do conteúdo semântico dos enunciados linguísticos do texto constitucional (mediante a aplicação dos cânones hermenêuticos já referidos), com a consequente dedução de que a matéria de regulamentação é abrangida pelo *âmbito normativo* da norma constitucional interpretada. A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua *letra* e no seu *ratid).*

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois momentos conexos da *captação* ou *obtenção* do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de «obtenção» do direito constitucional. A relativi-zação das diferenças entre processo interpretativo e processo integra-tivo é particularmente frisante quando se trata de estabelecer os limites entre uma *interpretação extensiva* e uma *integração analógica.* Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do carácter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante uma dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e

o conteúdo de regulamentação da norma (ou normas) a aplicar *(determinação do âmbito normativo);* (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de «decisão» (legislativa, governamental ou juris-prudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-cons-titucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma *incompletude* contrária ao «plano» de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a *lacuna constitucional autónoma* surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional.

A anterior noção de lacuna constitucional autónoma permite--nos diferenciá-la: (1) das chamadas *lacunas constitucionais hete-rónomas,* que resultam do não cumprimento das ordens de legislar e das imposições constitucionais concretamente estabelecidas na constituição; (2) das *integrações correctivas,* fundamentadas na ideia de a regulamentação constitucional ser, sob o ponto de vista político, incompleta, errada ou carecida de melhoramento. Ambas as hipóteses caem no domínio da «patologia constitucional»: (i) as lacunas heteró-nomas são inconstitucionais, porque significam a violação de imposi-ções constitucionais constantes da constituição; (ii) as integrações correctivas representam a *usurpação* inconstitucional do poder constituinte pelos concretizadores das normas constitucionais.

Antes de se proceder à complementação integrativa da lei constitucional é necessário verificar se existe, na realidade, uma lacuna de regulamentação, e não «espaços jurídicos livres» *(rechtsfreie Räume)* ou «abertura» (reenvio, remissão) para regulamentações infracons-titucionais. É que, como se disse, a lacuna pressupõe necessariamente uma *incompletude* contrária ao plano regulativo constitucional, mas pode dar-se o caso de ser a própria constituição a deixar intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador (liberdade de conformação legislativa). Verifica-se aqui, com mais intensidade de que noutros domínios jurídicos, a ideia de *abertura e incompletude normativa intencional,* para permitir a luta política, a liberdade de conformação do legislador, a adaptação da disciplina normativa à evolução da vida (realidade) constitucional (cfr. *supra,* Cap. 4, B, 3). Dir-se-á que aqui a incompletude é conforme o *plano* regulativo-constitucional enquanto nas lacunas ela é contra o mesmo plano.

\2. Os métodos da complementação constitucional

As lacunas que aqui são consideradas designam-se por *lacunas de regulamentação (Regelegunslúcken,* na terminologia alemã) e abrangem dois grupos distintos: (1) lacunas ao nível das normas *(Normenliicken),* quando um determinado preceito constitucional é incompleto, tornando-se necessária a sua complementação a fim de poder ser aplicado; (2) *lacunas de regulamentação (Regelungs-liicken),* quando não se trata da incompletude da norma mas de uma determinada regulamentação em conjunto.
O método mais frequente para a integração das lacunas de regulamentação abertas é a *analogia* (= *argumentum a símile).* A complementação das lacunas através da analogia traduz-se na transferência de uma regulamentação de certas situações para outros casos merecedores de igualdade de tratamento jurídico e que apresentam uma coincidência axiológica significativa.

PARTE III

O PROCESSO DE ESTRUTURAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS

CAPITULO 1

HISTÓRIA CONSTITUCIONAL E HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumario

1. A «produção» do direito constitucional
2. História Constitucional e História do Direito Constitucional
3. A história do direito constitucional como «história» e não como «direito»
4. História do constitucionalismo
5. Forma constitucional e verdade jurídica
6. Tipologia das estruturas político-constitucionais conflituantes

indicações bibliográficas

1 HESPANHA, A. M. —*A história do direito na história social,* Lisboa, 1978. — *História das Instituições,* Coimbra, 1982, pp 11 ss.
BOLDT, H. —*Einfiihrung in die Verfassungsgeschichte,* Diisseldorf, 1986.
2 CHEVALIER, J. — *Histoire des Institutions e des Regimes Politiques de la France de 1789 a nosjours,* 5." ed., Paris, 1977.
HESPANHA, A. — «Nova História e História do Direito», in *Vértice,* 470/72 (1986), p. 17 ss. PRELOT, M./BOULOUIS, J. — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* 7." ed., Paris, 1978.
3 e 4 SCHOLZ, J. M. — «Historische Rechtshistorie», in J. M. SCHOLZ, (org.) — *Vorstudien zur Rechsthistorik,* 1977, p. 1 ss.
5 FOUCAULT, M. —*La verdade y las formas jurídicas,* Barcelona, 1980.
*> CUADRADO, M. M. (org.) —*La Constitucion de 1978 en la Historia dei Constitucionalismo Espahol,* Madrid, 1982.
BARTOLOMÉ CLAVERO, *Manual de historia constitucional de Espana,* Madrid, 1989.
FERNANDEZ SEGADO, F. —*Las Constituciones históricas espanolas,* Madrid, 4* ed., 1986.
TORRES DEL MORAL, A. — *Constitucionalismo histórico espahol,* 3' ed., Madrid, 1990.
TOMAS VILLAROYA, J. — *Breve historia del constitucionalismo espahol,* 3ª ed., Madrid, 1983.
SOLE TURA/E. AJA, *Constituciones y períodos constiiuyentes en Espana* (1808-1936), Madrid, 14» ed., 1988.

1. A produção» do direito constitucional

A história do constitucionalismo português está por fazer. Além de não existirem «histórias globais» sobre mais de um século e meio de «Estado constitucional», bem como monografias e estudos parciais suficientemente iluminantes da «história social» portuguesa respeitantes ao mesmo período, as tentativas, até agora empreendidas, da história constitucional portuguesa, são também insuficientes: (1) ou são propostas metodologicamente ultrapassadas assentes numa concepção positivista de história do direito («história das fontes» ou «história da dogmática jurídica»); (2) ou dissolvem uma «história regional», como deve ser a história constitucional, numa «história integral».

O direito constitucional, como direito conformador do político, é necessariamente o direito de uma realidade social, historicamente determinada. A indissociabilidade do político e do jurídico aponta para a indeclinável compreensão do direito político no âmbito de uma *história constitucional,* concebida não apenas como uma história das constituições escritas, mas também como *história da constituição* e da *administração* e, consequentemente, como *história social.* Nesta perspectiva, a história do direito constitucional não é apenas nem fundamentalmente a *história do texto; é* também, e, sobretudo, a história do *contexto* (o conjunto de *práticas* constitucionais e de *estratégias),* o que o coloca no cerne da própria *produção histórica e social*[1]. Isto não significa, porém, como vai ver-se, a aceitabilidade de uma "história constitucional" com base na "constituição social" *(Sozialverfassung).*

2. História Constitucional e História do Direito Constitucional

A proposta anteriormente formulada — deve reconhecer-se — corre sérios riscos de indeterminação quanto ao objecto: se a história

[1] Sobre os vários problemas metodológicos sugeridos no texto cfr. A. M. Hespanha, A *história do direito na história social,* Lisboa, 1978, p. 9 ss; *História das Instituições,* Coimbra, 1982, p. 11 ss. Em sentido diferente, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* I, p. 27. Num sentido próximo do texto, considerando que a "constituição" no sentido da história constitucional não é a constituição em sentido jurídico mas a "ordem política", a "estrutura política" cfr., Hans Boldt, *Einfuhrung in die Verfassungsgeschichte,* Diisseldorf, 1984, p. 18.

constitucional é história social, quais os critérios, quais os espaços e quais os limites que possibilitam a construção de uma «história regional», com objecto específico, diferente da «história política global»? Se a história constitucional não se reduz ao direito (e muito menos às fontes escritas e à dogmática) como manter, porém, a relativa «autonomia» do jurídico relativamente às outras instâncias (sobre tudo ideológico-politicas)?

Esta dificuldade conduziu a ciência jurídica francesa a distinguir entre *Histoire Constitutionelle,* desenvolvida a partir das constituições jurídicas escritas, e *Histoire des Institutions,* construída em torno das «constituições-instituições» (órgãos de produção legislativa, agentes de concretização jurídica, escolas, etc.) [2]. Estas considerações justificam as posições teoréticas de alguns autores para quem a história constitucional continuará a ser uma "história da estrutura política", uma "história parcial", embora com numerosas conexões com o conjunto dos outros factores históricos. Também aqui a máxima de que o "todo é o verdadeiro", merecerá reticências.

3. A história do direito constitucional como «história» e não como «direito»

Não obstante se continuar a falar hoje de «História do Direito Constitucional», de «História do Direito Público», de «História do Direito Privado», existe uma significativa convergência entre os historiadores na oposição a esquemas redutivos da história constitucional *(Verfassungsgeschichte)* a uma simples «história do direito» *(Rechts-geschichte).* A eles se deve a demonstração da unilateralidade caracte-rizadora da «ideologia da separação» *(Trennungsdenken,* denunciado

[2] Cfr., por todos, R. Mousnier, *Les Institutions de la France sous la Monar-chieAbsolue,* 1598 1778, Vol. 1, Paris, 1974; J. Chevalier, *Histoire des Institutions et des Regimes Politiques de la France de 1789 a nos jours,* 5.ª ed., Paris, 1977. A história contida nos vários manuais franceses de direito constitucional é fundamentalmente uma *Histoire Constitutionnelle,* mas com sugestivas e enriquecedoras informações sobre o funcionamento das instituições e sobre os princípios políticos constitutivos. Cfr., entre os mais recentes manuais franceses: M. Prelot/J. Boulouis, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* Paris, 7.ª ed., 1978; Yves Guchet, *Éléments de Droit Constitutionnel,* Paris, 1981; Claude Leclercq, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* 3.ª ed., Paris; 1981; Pierre Pactet, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* 4.ª ed., Paris, 1978. Cfr. por último, Boldt, *Einfuhrung,* p. 22.

por G. BRUNNER), conducente a uma dicotomia radical entre história do direito e determinantes político-sociais. Em tempos recentes, a sobrevivência da ideologia da separação procurou ancorar-se no programa hermenêutico-metodológico [3]. Nesta perspectiva, a história constitucional reconduzir-se-ia à interpretação e aplicação do texto constitucional, ou seja, a uma história dogmática das constituições. Se a consideração dos textos constitucionais *(rectius* do direito constitucional) representa, no presente curso, um ponto de partida para uma *Histoire Constitutionelle,* nem por isso a história constitucional se reconduz a descrições históricas e positivísticas das fontes e da dogmática constitucional[4].

4. História do Constitucionalismo

Os apontamentos subsequentes sobre o constitucionalismo português assentam ainda, basicamente, no estudo diacrónico das constituições escritas portuguesas (história do direito constitucional). Todavia, e como se acaba de ver, torna-se cada vez mais patente a insuficiência desta perspectiva. Daí a apresentação de um capítulo (Cap. 11) com uma visão sincrónica de princípios e problemas estruturais do constitucionalismo, bem como a inserção de algumas indicações sobre certas práticas políticas (partidos, ideologias) e práticas jurídicas (codificação administrativa, leis de imprensa, leis eleitorais).

***5.* Forma constitucional e verdade jurídica**

Impõe-se, assim, a combinação de uma leitura «institucional» das questões estruturais do constitucionalismo português com uma leitura «constitucional», assente na análise dos textos constitucionais que se foram sucedendo na nossa história constitucional. Isto por duas razões: (1) a *verdade político-constitucional* é, a maior parte das vezes, uma *história externa* aos documentos constitucionais (exs.:

[3] Cfr., precisamente, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,* trad. port. de A. M. HESPANHA, *História do Direito Privado Moderno,* Lisboa, 1980.

[4] Cfr. GRIMM, «Rechtswissenschaft und Geschichte», in D. GRIMM, (org.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften,* Vol. 11, Miinchen, 1976, pp. 9 ss; J. M. SCHOLZ, «Historische Rechtshistorie», in J. M. SCHOLZ (org.), *Vorstudien zur Rechtshistorik,* 1977, pp. 1 ss.

interferência de potências estrangeiras, jogo diplomático); (2) um conceito operativo de constituição, no plano historiográfico, deve aproximar-se da forma estrutural político-social de uma época, o que aponta para uma noção de constituição mais ampla do que a de simples documento escrito.

A primeira razão está relacionada com uma das orientações fundamentais da historiografia moderna e tem presentes as incisivas considerações de FOUCAULT sobre o discurso histórico como um «conjunto de estratégias que formam parte das práticas sociais». Cfr. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas,* Barcelona, 1980, p. 16. No plano da história do direito, a orientação referenciada pode ver-se em A. M. HESPANHA, «O projecto institucional de Constituição de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato (1823)», in *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX,* Vol. 1, Lisboa, 1982, pp. 63 ss: «uma das ideias ocorrentes na nova historiografia, sobretudo na historiografia das ideias, é a de que a história não deve ser uma *paráfrase,* mas uma descodificação... Mais do que o sentido manifesto dos textos (dos factos) interessa o sentido implícito que esses textos (esses factos) cobram quando relacionados com outros textos (outros factos) — por vezes aparentemente muito distantes — em função de um certo esquema explicativo». A aplicação deste método ver-se-á no importante artigo de Johannes-Michael SCHOLZ, «La constitution de la justice commerciale capitaliste en Espagne et au Portugal», in *O Liberalismo na Península Ibérica,* cit., Vol. 2, pp. 65 ss.

O segundo argumento — a necessidade de um conceito de constituição mais amplo do que o de documento escrito — está, de certo modo, conexio-nado com estas considerações, e serve para acentuar que, também no plano histórico-constitucional, se deve perspectivar a vida político-social, estabelecendo a conexão entre o quadro institucional e a estrutura normativa. Cfr., precisamente, E. W. BOCKENFÒRDE, (org.), *Moderne deutsche Verfassungs-geschichte,* Kõln, 1972, p. 11, que se refere à constituição como *«politisch-soziale Bauform einer Zeit».*

6. Tipologia das estruturas político-constitucionais conflituantes

«A história das constituições é a historia apaixonada dos homens» (BAUMLIN). É a história de conflitos, de equilíbrios, de sincro-nias e diacronias, de tentativas de transformação ou modernização e respostas ou reacções de restauração, conservação ou adaptação. A nível político-constitucional, as estruturas em conflito são as seguintes:

1 —*Antigo Regime*

2 — *Liberalismo burguês*

3 — *Democracia liberal*

4 — *Conservadorismo corporativo*

5 — *Democracia social*

As estruturas político-constitucionais reflectem, de algum modo, os ciclos de transformação e de reacção, de radicalizações revolucionárias, de equilíbrios instáveis, de compromisso e de ruptura (guerra civil) [5]. Alguns autores falam a este respeito de uma dialéctica entre "decadência" e "regeneração" que marcaria os ritmos histórico--políticos[6].

[5] Cfr. M. CUADRADO, *La Constitución de 1978 en la Historia dei Constitucionalismo Espaiiol,* pp. 7 ss.

[6] Cfr. entre nós, JOEL SERRÃO, "Decadência", in *Dicionário de História de Portugal,* Vol. I, Lisboa, 1971, p. 784-88; M. CÂNDIDA PROENÇA, *A Primeira Regeneração. O Conceito e a Experiência Nacional,* Lisboa, 1990; FERNANDO CATROGA, *A Militância Laica e a Descristiniazação da Morte em Portugal,* (1865-1911), Vol. 2, P- 658 ss.

CAPITULO 2

PROBLEMAS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA/ MEMÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

Sumário

1. Constitucionalismo e racionalismo
2. Constitucionalismo e liberalismo
3. Constitucionalismo e individualismo
4. Constitucionalismo, soberania e legitimidade
5. Constitucionalismo e representação política
6. Constitucionalismo e divisão de poderes
7. Constitucionalismo e parlamentarismo
8. Constitucionalismo e direito eleitoral
9. Constitucionalismo e «invenção do território»
10. Constitucionalismo e partidarismo

indicações bibliográficas

HUBER, E. R. —*Deutsche Verfassungsgeschichte,* Vol. IV, Stuttgart, 1963.
MATTEUCCI, *Organizzazione delpotere e liberta,* Torino, 1976.
SCHMIDT-ASSMAN, E. — *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklàmng und der Historismus,* Berlin, 1967. VERDELHO, T. —*As Palavras e as Ideias na Revolução Liberal de 1820,* Coimbra, 1981.

1. Constitucionalismo e racionalismo

No Capítulo 3.° da Parte 1, dedicado à análise dos vários conceitos de constituição, referimo-nos ao conceito de constituição da época moderna no sentido de *ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito.* Nesta definição avulta, desde logo, a ideia de constituição como um produto da razão. E, na verdade, o racionalismo iluminista, assumindo a razão como o «movens», a «alavanca» de uma ordem política abstractamente arquitectável e realizável, alicerçaria, no plano da teoria do Estado, a ideia de uma lei, estatuto ou constituição, criadora e ordenadora de uma comunidade política *.

A dimensão abstractizante explicará a crença dos políticos e doutrinadores liberais não só na validade geral e universal das suas construções constitucionais, mas também no dogma da *força confor-madora absoluta das normas abstractas e gerais.* Daí a teoria da lei geral e abstracta, produto da razão, manifestação da vontade geral, inquebrantavelmente vinculativa de todos os cidadãos e aplicável a todas as situações por ela contempladas.

O racionalismo abstracto, conjugado com a dimensão experimentalista, considera os esquemas constitucionais *realizáveis,* postulando, como não podia deixar de ser, a necessidade de concretização das construções racionais. A *ratio* transforma-se em *experiência* e tem força para plasmar, na realidade política, os esquemas constitucionais mentalmente elaborados. Instrumento indispensável desta transformação da razão em experiência, em actividade concretizadora, era a linguagem escrita. O documento escrito é o *receptor-codificador* dos esquemas racionais, é a expressão formal indispensável do fenómeno de racionalização da ordem política.

A crença na força criadora e conformadora da razão explica também a *ruptura* que, nos primórdios do constitucionalismo, os chamados «revolucionários» ou «patriotas» reclamavam em relação às antigas *leis fundamentais do reino* [2], A criação racional de uma cons-

[1] Cfr., principalmente, sobre o constitucionalismo, E. Schmidt-Assman, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und der Historismus,* Berlin, 1967, pp. 53 ss; N. Matteucci, *Organizazione delpotere e liberta,* Torino, 1976.

[2] Cfr. Jacques Godechot, *Les Constitutions de France depuis 1789,* Paris, 1970, p. 6.

tituição é, por si mesma, uma dedução a-histórica; não tem que ter qualquer ligação histórica com as leis do anterior regime e nem sempre é conciliável com as correcções da lei positiva, sugeridas pelas doutrinas jusnaturalistas.

É claro que o racionalismo abstracto e experimental influenciou os nossos-teorizadores liberais. BORGES CARNEIRO havia de apelar para a razão a fim de «fazer uma constituição que dure até à consumação dos séculos» [3]. Todavia, é questionável se as teses do nosso constitucionalismo vintista se inserem na corrente do racionalismo abstracto ou se, não deixando de aderir aos postulados liberais, vão entrecruzar-se com a vertente *histórica,* oposta a uma ruptura completa com o passado histórico. Do *Manifesto aos Portugueses* da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino, de 24 de Agosto de 1820, e da *Proclamação aos habitantes de Lisboa,* parece poder deduzir-se que o movimento liberal se justificava para reavivar as instituições do passado que garantiam as «franquias e liberdades» e que foram amesquinhadas pelo poder absoluto [4].

Impõe-se aqui, como em muitos outros domínios da historiografia portuguesa: (1) uma (releitura» *(duplex interpretatio);* (2) um «repensan das estruturas de tensão entre continuidades institucionais e rupturas revolucionárias. Por um lado, há que averiguar em que é que rigorosamente consistiu o «discurso reformista» ou «politico-histórico», interessado numa compatibilidade de reformas institucionais com as «estruturas históricas». Assim, por ex., é, por vezes, difícil distinguir, no xadrez do vintismo, entre «realismo moderado» e «gradualismo liberal». Rigorosamente, a tradição só para o «reformismo tradicionalista» tinha valor heurístico (conhecer as instituições tradicionais para conformar projectos políticos contemporâneos). Em termos gerais, os «modelos constitucionais» em conflito nas Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes de 1821 (de Janeiro de 1821 a 23 de Setembro de 1822) eram os seguintes: (1) os *absolutistas,* partidários da restauração pura e simples do antigo regime (também chamados realistas); (2) os *tradicionalistas reformistas,* defensores de um reformismo (ainda iluminista?) conducente a limita-

[3] Cfr. ZILIA DE CASTRO, *Manuel Borges Carneiro e a Teoria do Estado Liberal,* Coimbra, 1976, p. 13; idem, "Constitucionalismo vintista. Antecedentes e pressupostos", in *Cultura-História e Filosofia,* V (1986), p. 597 ss; ANA M. FERREIRA PINA, *De Rousseau ao Imaginário da Revolução de 1820,* Lisboa, 1988, p. 74.

[4] Os textos referidos podem ver-se em *A Revolução de 1820,* recolha, prefácio e notas de JOSÉ TENGARRINHA, Lisboa, 1974, p. 41. A questão que afloramos no texto — discurso político histórico ou filosófico na teorização liberal — é estudada por A. SILVA PEREIRA, *O «tradicionalismo» vintista e o Astro da Lusitânia,* Coimbra, 1976, sobretudo, p. 4 ss. Cfr. também ZÍLIA M. O. DE CASTRO, «A Sociedade e a Soberania, Doutrina de um Vintista», sep. da *Revista História das Ideias,* 1979, p. 6 ss; *Manuel Borges Carneiro e o Vintismo,* Lisboa, 1990, Vol. 2, p. 476 ss.

ções ao poder absoluto, mas sem carácter revolucionário e de acordo com as características históricas do país; (3) os *liberais,* o grupo mais influente no período revolucionário, e que comportava dois subgrupos: o dos *radicais,* ideologicamente liberais e adeptos da tradução imediata na prática do credo revolucionário, e os *gradualistas,* também defensores de uma ordem nova de tipo liberal, mas a realizar de uma forma gradual.
Os tradicionalistas reformistas ou realistas moderados adoptavam como modelo ou o sistema moderado da monarquia inglesa ou o cartismo da restauração francesa (representantes: Francisco Manuel Trigoso, António Camelo Fortes Pina, Basílio Alberto Sousa Pinto). Os radicais (Manuel Borges Carneiro, João Maria Soares de Castelo Branco) e os gradualistas (Manuel Fernandes Tomás) irão votar juntos (com algumas variações) importantes deliberações nas Cortes: o unicameralismo, a relativização do veto real, a liberdade de imprensa, a religião do Estado, a censura prévia em assuntos tocantes à moral, ao dogma e à reforma congregacionista. Cfr. sobre isto, FERNANDO PITEIRA SANTOS, *Geografia e Economia na Revolução de 1820,* pp. 97 5; J. SEBASTIÃO DA SILVA/GRAÇA SILVA DIAS, *Os primórdios da maçonaria em Portugal,* Vol. 1/2, pp. 729 55; A. SILVA PEREIRA, O *tradicionalismo vintista e o Astro da Lusitânia,* Coimbra, 1976, e *Estado de Direito e tradicionalismo liberal,* Coimbra, 1979; I. NOBRE VARGUES, «Vintismo e Radicalismo liberal», *m Revista de História das Ideias,* Vol. III, 1981, pp 177 ss.

2. Constitucionalismo e liberalismo

O termo *liberalismo* engloba *o liberalismo político,* ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e *o liberalismo económico,* centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo económico.
A economia capitalista necessita de *segurança jurídica* e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito.* O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado[5].

[5] Cfr. HABERMAS, *Strukturwandel der Õffentlichkeit,* 4.ª ed., Berlin, p. 92; M. KRIELE, *Einfiihrung in die Staatslehre,* Hamburg, 1975, p. 194.

O estado constitucional permitia, em segundo lugar, a ascensão política da burguesia através da *influência parlamentar* [6]. Todas as clássicas funções do Parlamento — legislação, fiscalização do governo, aprovação dos impostos — se inseriam no complexo global dos postulados do liberalismo político, mas com evidentes incidências na constituição económica. Nesta perspectiva se explica que as intervenções estaduais não autorizadas por lei fossem censuráveis, não porque lhes faltasse eventualmente uma dimensão intrínseca de justiça, mas porque afectavam a *calculabilidade* do desenvolvimento económico e do lucro segundo expectativas calculáveis. E também se compreende que as leis sejam iguais e vinculativas para todos: as leis do Estado, tal como as leis do mercado, são objectivas, dirigindo-se a todos e não podendo ser manipuladas por qualquer indivíduo em particular.

Em terceiro lugar, embora as constituições liberais não condensassem um código das liberdades económicas, o pensamento liberal considerou como princípio fundamental da constituição económica (implícita nos textos constitucionais liberais) o princípio de que, na dúvida, se devia optar pelo mínimo de restrições aos direitos fundamentais economicamente relevantes (propriedade, liberdade de profissão, indústria, comércio) [7].

Em quarto lugar, ao fazer coincidir a regra do acesso dos particulares às funções políticas com o *esquema censitário,* o constitucionalismo ratificava, sob a forma jurídica, um *status* conquistado economicamente [8].

3. Constitucionalismo, individualismo e direitos do homem

As constituições liberais costumam ser consideradas como «códigos individualistas» exaltantes dos direitos fundamentais do homem. A noção de indivíduo, elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras:

(1) a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre;

(2) a segunda parte do desenvolvimento do sujeito económico livre no meio da livre concorrência.

[6] Cfr. Kriele, *Einfuhrung,* cit., p. 19.
[7] Cfr. Vital Moreira, *A ordem jurídica do capitalismo,* cit., pp. 81 ss.
[8] Cfr. Habermas, *Strukturwandel,* cit., p. 93.

A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes *a priori.* O sentido destas declarações não se reconduzia à reafirmação de uma *teoria da tolerância, ou* seja, de apelos morais dirigidos ao soberano, tendentes a obter garantias para os súbditos. A tolerância ficava sempre no domínio reservado do soberano e, consequentemente, na sua completa disponibilidade. As declarações dos direitos vão mais longe: os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autónoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos.
A segunda perspectiva do individualismo, directamente mergulhada nas doutrinas utilitaristas, conduz-nos ao *individualismo possessivo ou proprietarista* [9]: o indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens, e daí que a capacidade política seja considerada como uma invenção humana para protecção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. Consequentemente, para a manutenção das relações de troca, devidamente ordenadas entre indivíduos, estes eram considerados como proprietários de si mesmos. Trata-se, no fundo, do indivi-dualismo ideológico do liberalismo económico.
A ideologia do constitucionalismo português não se afastou destes parâmetros individualistas. Diferentemente, porém, das primeiras constituições francesas, que separaram a declaração dos direitos da constituição organizatória do Estado, a Constituição de 1822, à semelhança do que acontecia com a Constituição dos Estados Unidos, consagra o seu primeiro título aos direitos e deveres individuais dos portugueses. E logo no art. 1.° se detecta com clareza o ideário do constitucionalismo liberal: a constituição política tem por objecto manter a *liberdade, segurança e propriedade* de todos os portugueses. Resta saber se a declaração destes direitos se aproximava, também, mais do figurino americano — os direitos do homem são autênticos direitos positivos juridicamente garantidos — ou se, não obstante a sua inclusão no texto constitucional, os direitos do homem eram mais declarações *filosóficas* que jurídicas. Julgamos que, pese embora o tom retórico da redacção de alguns artigos (ex.: art. 19.°, onde se declara que «todo o português deve ser justo», sendo os seus principais

[9] Cfr. C. B. MACPHERSON, *La Teoria Política dei Individualismo Posesivo,* Barcelona, 1970, p. 22 ss.

deveres «venerar a religião», «amar a pátria», «defendê-la com armas», etc), a ideia subjacente à afirmação dos direitos e deveres individuais foi a de converter os *direitos do homem* (situados no plano do direito natural) em *direitos fundamentais,* institucionalizados juridicamente e constituindo direito objectivamente vigente [10].

4. Constitucionalismo, soberania, legitimidade e legitimação

O movimento constitucional desencadeou, no plano doutrinário e político, uma acesa discussão quanto a dois problemas fundamentais, intimamente relacionados: o *problema da soberania* e o *problema da legitimidade* e da *legitimação* (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4/B). Trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade e exercício desse poder. A soberania deve ter um título de *legitimação* e ser exercida em termos materialmente legítimos *{legitimidade);* a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. Podemos dizer, de certo modo, que a questão da legitimidade legitimação é o *lado interno* da questão da soberania [u].
Quando os ideais liberais-democráticos conseguiram afirmar-se, o problema da legitimação da soberania dinástica foi logo posto em causa. Não valia argumentar com o elemento *tradicionalista* para dizer que a soberania do rei havia sido legitimada pelo «velho bom direito»; não era pertinente invocar o *carisma* de chefe ou de rei numa altura em que ele estava próximo do cadafalso ou se tinha desprestigiado perante a Nação; argumentos *racionais* a favor da legitimidade dinástica acabavam na exaltação do absolutismo ou identificavam-se com o discurso tradicionalista. Perante isto, os revolucionários tiveram uma resposta: só a Nação é soberana, só os poderes derivados da Nação são legítimos. A teoria da *soberania nacional* foi assim, acolhida no nosso primeiro texto constitucional (art. 26.°): «A soberania reside essencialmente em a Nação. Não pode ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos. Nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública que se não derive da mesma Nação» (cfr. *supra,* Parte I, Cap 4/B)[lla].

[10] Cfr. KRIELE, *Einfuhrung,* cit., pp. 149 ss.; e *infra,* Parte IV, Cap. 5.°

[11] Assim, KRIELE, *Einfuhrung,* cit., p. 19. Sobre o alcance da soberania nacional cfr. BARTHÉLEMY-DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel* Paris, 1933, pp. 49 ss.

[lla] Entre nós cfr., por último, ZÍLIA DE CASTRO, "Constitucionalismo vintista", [c]it-, p 34 ss.

A Assembleia Constituinte de 1821 distinguiu perfeitamente entre *titularidade* da soberania (a Nação) e *exercício da soberania* (os representantes da Nação) consagrando ao lado do princípio democrático da legitimação — soberania nacional — o *princípio do sistema representativo. A* afirmação da teoria da *soberania nacional* no documento constitucional português de 1822 resolveu também o problema do *poder real* relegando-o para o campo dos poderes derivados da Nação — «a autoridade do rei provém da Nação, é indivisível e inalienável».

Fernandes Tomás, ao intervir nas Cortes Constituintes, precisaria o significado do exercício da soberania pela Nação, afirmando que se a Nação «tem a soberania, a ela pertence escolher a casa que há-de reinar; e quando esta casa lhe não agradar, pode a mesma Nação eleger outra; mas quando ela o não fez e deixa sucessivamente que o trono vá passando de um filho outro, etc. há uma eleição tácita por parte da Nação, em cada uma dessas sucessões» [12]. Na mesma linha de pensamento escreve Borges Carneiro: autoridade do rei provém da Nação; está decidido que a soberania reside nela... a soberania não vem de Deus, como em algum tempo diriam os déspotas.» [13].

5. Constitucionalismo e representação política [14]

Acabamos de aludir à estreita relação existente entre a teoria da soberania nacional e à ideia da representação política. A representação política tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz ao governo representativo. É que a soberania reside indivisivelmente na Nação, não podendo qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos invocar, por direito próprio, o exercício da soberania nacional. Mas a Nação, a quem era atribuída a origem do poder, só poderia exercê-lo *delegando-o* nos seus representantes. E como os representantes *representavam* a Nação, era necessário abolir qualquer forma de *mandato imperativo* que vinculasse os representantes a interesses particulares ou a determinado círculo de eleitores. Consagrava-se, deste modo, a teoria de Montesquieu e de Sieyés, segundo a qual os representantes, uma vez recebido o mandato do povo, não podiam ser considerados como simples *comissários,* caso em que as suas decisões ficariam sujeitas a ratificação popular permanente.

[12] *Cfr. A Revolução de* 1820, cit., p. 11.

[13] Cfr. Zília de Castro, «A Sociedade e a Soberania, Doutrina de um Vin-tista», cit., pp. 32 ss.

[14] Sobre a teoria do governo representativo cfr. a exposição de Carré de Mal-berg, *Contribution a la Théorie Générale de 1'État,* Paris, 1922, Vol. II, pp. 199 ss.

O mandato dos representantes era *livre,* podendo estes, com base nele, tomar livremente decisões em nome da Nação que representavam. A partir destes esquemas se formou a teoria do *governo representativo,* traduzida na adopção de um sistema constitucional em que o povo governa através dos seus representantes eleitos, isto por oposição quer ao regime autoritário ou despótico quer ao *governo directo,* baseado na identidade entre governantes e governados.

Não se julgue, porém, que a teoria do governo representativo não encontrou objecções. Desde logo, em Rousseau, para quem soberania nacional e representação política são termos inconciliáveis. A soberania nacional é inalienável porque se identifica com a vontade geral. Se o povo concede o seu poder soberano a outro sujeito deixará de ser soberano. Quando se recorre, nos Estados modernos, por exigências funcionais, a um corpo de deputados, estes não são representativos do povo, são representantes dos eleitores. Em relação ao povo são simples *comissários,* colocados na dependência dos comitentes e subordinados à vontade popular. Daqui decorria uma dupla consequência prática: em primeiro lugar, se o deputado é um simples mandatário, deve agir e votar na assembleia segundo as instruções imperativas que lhe foram dadas pelos seus eleitores *(mandato imperativo);* em segundo lugar, a lei aprovada em assembleia só se tornará um instrumento perfeito depois de ter a aprovação popular. A teoria do mandato imperativo mereceu a aprovação de Robespierre *(«Le mot de représentant ne peut être aplique à aucun mandataire du peuple, parce que la volonté ne peut se représenter»)* e viria a merecer consagração expressa, no moderno constitucionalismo, nas constituições soviéticas (cfr. art. 142.° da Constituição de 1936, e art. 107.° da Constituição de 1977) [15].

A Constituição portuguesa de 1822 não se afastou dos esquemas representativos e consagrou expressamente a teoria do *mandato livre* (art. 94.°): «Cada deputado é procurador e representante de toda a Nação, e não o é somente da divisão que o elegeu» [15a].

[15] Cfr. A. Mestre-Ph. Guttinger, *Constitutionalisme Jacobin et Constitutio-nnalisme Soviétique,* Paris, 1971, p. 25; Cerroni, *La Libertad de los modernos,* cit., P- 25 ss.

[15a] Entre nós, cfr., por último, Ana M. Ferreira Pina, *De Rousseau ao Imaginário da Revolução de 1820,* Lisboa, 1988, p. 90 e s.

6. Constitucionalismo e divisão de poderes
No célebre Livro XI do *Esprit des Lois,* MONTESQUIEU desenvolveu a famosa doutrina de que todo o bom governo se devia reger pelo princípio de divisão dos poderes: *legislativo, executivo* e *judiciário.* E o art. 16.° da *Déclaration des droits de Vhomme et du citoyen du 26 Aoút 1789* transformava este princípio em dogma constitucional: *«Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.»*
Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um *mito* [16]. Consistiria este mito na atribuição a Montes-quieu de um *modelo teórico* reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os seus ministros), o legislativo (l.ª câmara e 2.ª câmara, câmara baixa e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por EISENMANN que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir-no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto;* em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Camará dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Camará Alta sob acusação da Camará Baixa.
Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de *combinação* de poderes: os juizes eram apenas «a boca que pronuncia as palavras da lei»; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida [17].

[16] Cfr. Louis ALTHUSSER, *Montesquieu, A Política e a História,* Lisboa, 1972, p. 127; EISENMANN, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs,* Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933, p. 157; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz,* p. 29; PAUL VERNIERE, *Montesquieu et Vesprit des lois ou la raison impure,* 1977; TROPER, *La séparation des pouvoirs et Vhistoire constitutionnelle française,* Paris, 1973.
[17] Cfr. M. DRATH, «Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht», in *Faktoren der Machtbildung,* Berlin, 1965; ROGÉRIO SOARES, *Direito público,* cit., pág. 148. Entre nós, cfr., por último, WLADIMIRO BRITO, *Sobre a Separação de*

Como quer que seja, é indubitável a adesão da Constituição Vin-tista ao «credo» da separação de poderes, embora não se tenha instituído um regime bicameral como postulava Montesquieu. Mas deste facto retira-se a conclusão atrás referida: do modo como estão combinados os poderes pode concluir-se em qual deles recaiu o benefício da divisão. Ao rejeitarem o sistema bicameral, as Constituintes de 1821 pretenderam neutralizar a influência política das forças nobiliárquico--feudais. Isto já não acontecerá na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição de 1838, onde as forças conservadoras feudais-clericais vieram recobrar importância política através da Câmara dos Pares.

7. Constitucionalismo e parlamentarismo

Ao falar-se de constitucionalismo costuma, por vezes, associar-se-lhe a ideia de «parlamentarismo» ou «governo parlamentar». Um sistema constitucional não postula, de modo necessário, a forma de governo parlamentar. Um sistema constitucional comporta as mais variadas formas de governo, desde o governo parlamentar ao regime presidencialista, passando pelo governo directorial e de assembleia (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 12.°). Todavia (restringindo-nos agora ao discurso histórico-político que estamos a fazer), põe-se a questão de saber se a Constituição de 1822, ao estabelecer a monarquia constitucional, consagrou um regime parlamentar. Isolada ou conjuntamente os critérios caracterizadores do regime parlamentar são os seguintes.

I — *Critérios constitucionais:*

1) Compatibilidade do cargo de deputado com o de ministro;

2) O primeiro-ministro é, em regra, membro do parlamento;

3) Responsabilidade ministerial, conducente à demissão do governo em caso de retirada de confiança por parte do órgão parlamentar;

4) Controlo do governo através de interpelações;

5) Investidura do governo, após expresso voto de confiança do parlamento;

6) Dissolução do parlamento pelo chefe do estado, por proposta do chefe de governo, para contrabalançar a dependência do governo perante o parlamento;

Poderes (polic), 1981; Nuno Piçarra, *A separação dos Poderes como Doutrina Princípios Constitucionais,* Coimbra, 1989, p. 21 ss.

II — *Critérios estruturais:*
1) Existência de partidos organizados;
2) Alto grau de homogeneidade e acção solidária no gabinete;
3) A existência de um primeiro-ministro definidor de directivas políticas;
4) A existência de uma oposição legal;
5) A existência de uma cultura favorável ao parlamentarismo [18].

A estrutura constitucional de 1822 está longe de se poder determinar por estes critérios. Desde logo, o rei era o chefe do executivo, não responsável perante as Cortes. Não se colocava qualquer questão de confiança, sendo apenas visíveis os embriões da futura evolução parlamentar no art. 156.°, no qual se determinava a responsabilidade dos secretários de estado perante as Cortes, responsabilidade esta que não podia ser «coberta» pela invocação de qualquer ordem do rei, verbal ou escrita. Todavia, a experiência do *sistema parlamentar* só durante a vigência da Carta Constitucional viria a transformar-se em *praxis* constitucional.

8. Constitucionalismo e direito eleitoral

O direito eleitoral posto em vigor nos primórdios do constitucionalismo reflecte as tendências fundamentais do ideário liberal.

a) *Direito eleitoral e liberalismo económico*

Foi já assinalado que o constitucionalismo oferecia os esquemas técnico-jurídicos ratificantes de um *status* económico determinante da possibilidade de acesso às funções políticas. Os esquemas *censitários* adoptados revelam a ideologia proprietarista subjacente: só os proprietários estão em condições de formar um público apto a proteger legislativamente a ordem económica existente.

b) *Direito eleitoral, racionalismo e capacidade política*

A limitação do direito eleitoral apenas aos possuidores de bens de raiz foi justificada, sobretudo por John Locke, em termos de

[18] Sobre estes critérios *institucionais e estruturais* cfr. K. V. Beyme, *Die parla-mentarischen Regierungsystem in Europa,* Munchen, 1970, p. 40. Cfr. também Serge Arné, «L'histoire de la Présidence du Conseil», in *Le Président du Conseil des Ministres sous le Quatrième Republique,* Paris, 1962; Paul Bastid, *Les Institutions politiques de la monarchie parlementaire française,* Paris, 1960.

racionalidade diferenciada [19]. O observador burguês do séc. XVII estava firmemente convencido da diferença de racionalidade entre os pobres e os «homens proprietários». A classe trabalhadora era incapaz de ter uma vida plenamente racional, isto é, incapaz de governar a sua vida de acordo com a lei natural e da razão. Daí a exclusão dos estratos sociais não proprietários do acesso às funções políticas [20].

c) *Direito eleitoral e soberania nacional*

Na teoria da soberania nacional a Nação pode fixar como entender o exercício da soberania. Nestes termos, pode decidir atribuir o direito de voto apenas a certas categorias de cidadãos. O voto não é um direito mas uma função *(teoria do eleitorado-função),* ao contrário do que acontecia na teoria rousseauniana da soberania popular reconhecedora a cada cidadão do direito pessoal de exercer uma fracção da soberania *(teoria do eleitorado-direito)* [21].

Os nossos teóricos e políticos vintistas não podiam deixar de estar impregnados pela ideologia liberal e por isso não admira a declaração de ineligibilidade, na Constituição de 1822, para «os que não tem para se sustentar renda suficiente, precedida de bens de raiz, comércio ou emprego» (art. 34.°/II). Mas é curioso salientar que dentro dos condicionalismos ideológicos, alguns dos nossos liberais foram até ao máximo de «consciência possível». Exemplo disso é ainda a posição de FERNANDES TOMÁS perante uma proposta de José António Guerreiro em que se considerava dever limitar-se o direito de voto aos cidadãos com títulos jurídicos ligados à propriedade dos bens: «O Congresso privando os trabalhadores de votarem nas eleições, irá pôr a nação portuguesa em pior estado do que estava antes de se estabelecerem eleições directas; por este modo, qualquer cidadão português não gozará do direito mais precioso que o homem pode ter na sociedade que é o de escolher aquele que o há-de representar. Se se admite o rico a votar, porque há-de ser excluído o que não tem nada?» (A primeira lei eleitoral portuguesa de 11 de Janeiro de 1822, consa-

[19] Cfr. MACPHERSON, *La Teoria,* cit., pp. 193 ss.

[20] Esta racionalidade diferenciada foi defendida em termos particularmente claros por ALMEIDA GARRETT e ALEXANDRE HERCULANO. Cfr., sobre isto, L. FILIPE COLASO ANTUNES, «Direito Eleitoral e Pensamento político no séc. XIX», sep. da Rev. *Economia e Sociologia,* n.° 31(1981), pp. 78 ss.

[21] Cfr., por ex., MAURICE DUVERGER, *Éléments de Droit Public,* Paris, 7.ª ed., 1974, p. 17.

graria, nesta perspectiva, um direito de sufrágio tendencialmente universal)[22].

9. Constitucionalismo e «invenção do território»

Um dos temas, ainda hoje não inteiramente clarificado, mas que está subjacente a muitos dos problemas constitucionais do séc. XIX, é o da articulação do *poder liberal* com o *território nacional.* Poder-se--ia dizer que ao Estado liberal se deparou o problema da «invenção do território» (P. Alies) num contexto diferente do Estado Absoluto, mas em que o «pathos» da estadualidade aliado à ideia de soberania nacional revelava e persistência do problema do monopólio político pela instância estadual.

O problema, como se insinua no texto, inha detrás. O reforço do poder central com o consequente desaparecimento de poderes feudais perféricos tinha-se já manifestado de várias formas no processo de formação do Estado absolutista: (1) monopólio estadual da criação do direito e identificação do direito com a lei; (2) monopólio estadual da função jurisdicional, mediante a extensão das magistraturas régias e abolições das justiças senhoriais; (3) monopólio da função militar através da criação de exércitos nacionais e extinção das milícias feudais ou concelhias; (4) publicização da função fiscal, recorrendo se ao alargamento da fiscalização estadual; (5) assunção estadual das funções de polícia, substituindo a regulamentação económica, edilícia e sanitária dos corpos políticos periféricos pela regulamentação de polícia. Cfr., precisamente, A. M. Hespanha, *História das Instituições,* Vol. 11, Lisboa, 1983, p. 404 ss; *O Estado Absoluto. Problemas de interpretação histórica,* Coimbra, 1979, separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro, e, mais recentemente, «Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime», in A. M. Hespanha (org.), *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime,* Lisboa, 1984.

Mas o processo não é linear nem isento de contradições. A «invenção» de um «Estado», de um «território» e de uma «Nação» colocava problemas de articulação nos esquemas organizatórios do Estado constitucional. Vejamos alguns exemplos.

a) A *questão do exército nacional e das milícias*

Como havemos de verificar, a distinção entre tropas permanentes (exército nacional) e milícias, consagrada logo na Constituição

[22] Cfr. *A Revolução de 1820,* cit., pp. 147 e 149; Jaime Raposo, *A Teoria da Liberdade, Período de 1820-1823,* Coimbra, 1976, p. 88; Colaço Antunes, «Direito Eleitoral e Pensamento Político no séc. XIX), sep. da Rev. *Economia e Sociologia,* n.° 31(1981), pp. 69 55.

de 1822, levantava o problema fulcral da dicotomia: «defesa externa do Estado» (a cargo do exército, comandado pelo rei) e defesa da «ordem pública interna» (a cargo das milícias provinciais). A polémica em torno da existência de milícias e de guardas nacionais revela que o Estado Liberal, não obstante ter passado a aderir a uma noção de *salus publica,* diferente ou até antagónica da do Estado Absoluto, tinha, mais tarde ou mais cedo, de socorrer-se de uma «ideologia militar centralizadora» para assegurar o *fundamento burguês* do próprio Estado (a doutrina da «ordem» dos meados do século confirmará esta ideia).

Por outro lado, a forma da monarquia constitucional dualista, se não quisesse abdicar do princípio monárquico, tinha necessidade de conceber o rei como poder pré-constitucional ao qual pertencia assegurar a unidade do Estado mediante o comando centralizado do exército nacional, independente das Cortes [23].

b) *Municipalismo e centralismo*

A história constitucional portuguesa reflecte também o choque da ideologia da soberania nacional com certos poderes periféricos que já tinham oferecido resistência à centralização do poder real. Um deles é o problema do «poder local» ou do «poder administrativo municipal». Assim, se a Constituição de 1822 ainda concede grande liberdade às câmaras no governo municipal, já a Carta Constitucional de 1826 vai reservar esta matéria às leis ordinárias. A legislação de Mouzinho da Silveira (Decreto de 16 de Maio de 1832), ao estabelecer nova organização administrativa, viria logo a demonstrar que a dialéctica do binómio território-Estado, unitária e centralizadamente concebido, se teria de defrontar com esquemas de descentralização, intimamente ligados a problemas fulcrais do poder político. O *setem-brismo,* por exemplo, exigirá a descentralização local — «o poder administrativo é popular e não do trono» —, o mesmo fazendo o movimento republicano e a Revolução de 25 de Abril de 1974.

No plano da legislação ordinária, os códigos administrativos reflectiam, tendencialmente, esquemas constitucionais e políticos: a descentralização acompanhará as fases ou momentos democráticos [Código de 1836, ou Código de Passos Manuel, Código de 1878, ou Código de Rodrigues Sampaio, reposto parcialmente em vigor pela legislação republicana (Decreto de 13 de

[23] Para uma visão geral da organização das Forças Armadas nas constituições portuguesas cfr. Pedro Ramos de Almeida, «As Forças Armadas na História Constitucional Portuguesa», *in Líber 25,* n.° 5, pp. 27 ss.

Outubro de 1910), e a actual legislação referente ao poder local]; a centralização marcará os momentos de involução autoritária (Código de 1842 ou Código de Costa Cabral, reflectindo a ideologia autoritária do cabralismo, Código de 1896 ou Código de João Franco, e Código de 1936 ou Código de Marcello Caetano).
O embrião das ideias centralizadoras administrativas do Estado Liberal não é um simples problema, como por vezes se afirma, de «jacobinismo». A tendência centralizadora liga-se a um filão liberal representado por Sieyes que defendia o objectivo político de fazer *«de toutes les parties de la France un seul corps et de tous les peuples qui la divisent une seule nation»*. Era a crença unitária da monarquia, o medo da divisão da nação através de «pequenas democracias», a identificação de poder municipal com privilégios da sociedade feudal.
Cfr. as indicações sobre a génese do fenómeno descentralização/centralização, já no Antigo Regime, em A. M. Hespanha (org.), «Para uma teoria...», pp. 59 ss.

c) *A «questão ibérica»*

Como problema de «invenção do território», mas já num contexto diferente, se pode abordar a «questão ibérica», ou seja, o movimento favorável à união de Portugal e da Espanha (1850-1870). O problema era ainda, de certo modo, uma sequela da «questão colonial» do Brasil, que passou a articular-se com o problema fundamental da «optimização» dé um «território» capaz de suportar uma política capitalista livre cambista.

É óbvio que a «questão ibérica» se ligava a outros problemas como a da manutenção da monarquia (e daí a defesa de um regime unitário) ou da defesa de um municipalismo federal, como advogava, por ex., José Félix Henriques Nogueira. Cfr., por último, sobre este tema, Manuela Mascarenhas, *A Questão Ibérica,* Braga, 1980, separata da Revista *Bracara Augusta,* Tomo XXXIV, 1980; Fernando Catroga, "Nacionalismo e Ecumenismo. A Questão Ibérica na Segunda Metade do Século XIX", in *História e Filosofia,* Vol. IV (1985) p. 419, ss., que assinala como princípio teórico do iberismo o "culto iluminista da razão universal" (p. 422) e como "razões práticas", a formação de espaços económico políticos" e o "contexto do choque dos imperialismos". Interessante a relação feita neste estudo entre iberismo e maçonaria: "algumas das ideias tipicamente maçónicas — ecumenismo, fraternidade — apontavam para um horizonte ideológico em que se inscrevia a expectativa ibérica" (p. 445). Em obra mais recente, Fernando Catroga salienta a influência do "iberismo" num importante sector do pensamento republicano que aspirava a uma "republicanização e fede-ralização da ibéria». Cfr. Fernando Catroga *O Republicanismo em Portugal Da formação ao 5 de Outubro de 1910,* Coimbra, 1991, p. 16.

d) *Constitucionalismo e codificação*

A ideia de constituição poderá considerar-se parcialmente coincidente com as exigências da codificação e com as «estratégias bur-

guesas da legalidade». Se a lei constitucional respondia à necessidade de um limite, racionalidade e calculabilidade da acção do Estado, a nível da sociedade civil o movimento da «codificação» e os esquemas de «aplicação da justiça» revelam que a Nação liberal tem necessidade de uma estruturação jurídica dos conflitos sociais a nível de todo o território nacional.
As «estratégias de legalidade onduzem, por exemplo, às noções de «interesse geral», de «interesses do comércio», de «liberdade contratual que outra coisa não representam senão a recomposição objectiva da ordem económica e social — é a chamada «revolução jus--liberal» dentro das estruturas territoriais nacionais.

Este fenómeno de «recomposição objectivante» é posto em relevo, de forma penetrante, por J. MICHAEL SCHOLZ, «La constitution de la justice commerciale capitaliste en Espagne et au Portugal», in *O Liberalismo na Península Ibérica,* Vol. 11, p. 65, e por B. CLAVERO, «Historia jurídica y Código Político: los derechos forales y la Constitucion», *inA.H.D.E* (1980), p. 131 ss. Entre nós, cfr. M. REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal. Subsídio para o estudo da implantação em Portugal do Direito Moderno,* Coimbra, 1987.

10. Constitucionalismo e partidarismo

Não obstante as reiteradas referências a «grupos «tendências» (absolutistas, tradicionalistas, liberais) é um lugar comum afirmar-se que o constitucionalismo começou sem partidarismo [24]. Sobre o «espírito de partido» destilavam-se as mesmas acusações que, noutros quadrantes político-geográficos e sob perspectivas muito diversas, incidiam sobre a existência de «facções». Paradigmáticas são as palavras de GARRETT: «Uma coisa muito essencial é bem distinguir o espírito de partido, do público». Este é «expressão da opinião públi-. ca» enquanto o primeiro se reconduz à «privada opinião dos interesses pessoais.» [25]

[24] Sobre a evolução semântica e histórica de facção e partido cfr. S. COTTA, «La Nascita delFIdea di Partito nel Secolo XVIII», *in AttiFacolttà di Giurisprudenza Università Perugia,* LXI, 1961; E. PAUL, «Verfemdung, Duldung und Anerkennung des Parteiwesens in der Geschichte des Politischen Denkens», in *PVS,* 1964, pp. 60 ^s^s; H. MANSFIELD, Jn., *States-Statesmanship and Party Government: A Stud Burke and Bolingbroke,* Chicago, 1965; CATTANEO, *// Partito Político nel Pensiero deli 'luminismo e delia Rivoluzione Francese,* Milano, 1964.

[25] Cfr. ALMEIDA GARRETT, *Obras Completas,* Livraria Lello, 1963, Vol. 1, p. 108. Sobre isto, cfr. COLAÇO ANTUNES, «Partido e Programa político no constitucio-

Aqui interessa sobretudo sugerir as razões justificativas da consideração do «partido ou facção como «fenómeno criminal» (SAINT JUST). Elas serão fundamentalmente as seguintes: (a) a filosofia e ideologia *racionalista,* pois «la Raison» transcende os «interesses pessoais» de «facção» e eleva os cidadãos à captação do «interesse geral»; (2) a filosofia *individualista,* dado que a sociedade é considerada atomisticamente como adição de indivíduos e não holistica-mente como um conjunto de «grupos», «classes», «organizações» ou «partidos; (3) a ideologia política rousseauniana da *vontade geral* — as «facções» òu «partidos» minavam a «vontade geral» e a «soberania do povo assim, SAINT JUST, ROBESPIERRE).

Além destas razões, deve apontar-se ainda uma outra: a necessidade de evitar que o próprio «pacto fundador», isto é, a Constituição e o regime constitucional, fossem contestados por partidos [26].

nalismo português», 1820-1850», in *Economia e Sociologia,* n.° 29/30; J. BORGES DE MACEDO, «O aparecimento em Portugal do conceito de programa político», in *Revista Portuguesa de História,* Vol. XIII, (1971), p. 375 ss; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português,* pp. 24 ss.

[26] Cfr. CATTANEO, *Il Partito Político,* p. 84 ss. Entre nós, cfr., por último, MARCELO REBELO DE SOUSA, Os *Partidos Políticos no Direito Constitucional Português,* p. 24, e nota 31.

CAPITULO 3

FORMA CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO

Sumario

A) O MOVIMENTO PRÉ-CONSTITUCIONAL

1. A «súplica» de constituição
2. A «proposta» de constituição

B) O CONSTITUCIONALISMO VINTISTA

I — Poder constituinte e modelos constitucionais II — Estrutura da Constituição de 1822

C) O CONSTITUCIONALISMO DA RESTAURAÇÃO

I — Constitucionalismo histórico, constitucionalismo romântico e cartismo

II — Estrutura e significado da Carta Constitucional de 1826

D) O CONSTITUCIONALISMO SETEMBRISTA

I — O constitucionalismo setembrista

II — Estrutura da Constituição de 1838

III — A dinâmica ideológico-partidária liberal

E) O CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO

I — Visão global dos princípios republicanos

II — Estrutura da Constituição de 1911

III — As características dominantes do regime republicano e as deformações político-institucionais

F) O CONSTITUCIONALISMO CORPORATIVO

I — A ideologia constitucional do «Estado Novo»

II — Estrutura e princípios da Constituição de 1933

indicações bibliográficas

A) O MOVIMENTO PRÉ-CONSTITUCIONAL

ALPERN PEREIRA, Miriam— «A crise do Estado do Antigo Regime: alguns problemas conceituais e de cronologia», in *Ler História,* 2/1983.

CARVALHO DOS SANTOS, Maria Helena: — "A Evolução da Ideia de Constituição em Portugal. Tentativas constitucionais durante a invasão de Junot", in VÍTOR NETO (coord), *A Revolução Francesa e a Península Ibérica,* Coimbra, 1988, p. 435 ss;
CRISTINA ARAÚJO, Ana Cristina — "Revoltas e Ideologias" in Carvalho HOMEM, *Revoltas e Revoluções,* Vol. II, Coimbra, 1985; p. 61 ss.

B) CONSTITUCIONALISMO VINTISTA

CAETANO, M. — *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* 6.ª ed., Lisboa,
Vol. II, 1972, pp. 409 ss. HENRIQUE DIAS — "A carta constitucional prometida", in *História* e *Filosofia,* Vol.
VI, (1987), p. 543 ss. CASTRO, Zília de — "Constitucionalismo vintista. Antecedentes e pressupostos", in
Cultura, História e Filosofia, (1986), p. 597 ss.
FERREIRA PINA, *De Rousseau ao Imaginário da Revolução de 1820,* Lisboa, 1988, p. 74. DIAS, J. S. S. —*O Vintismo: realidade e estrangulamentos políticos,* in REIS, J./MONICA,
M. R/LIMADOS SANTOS, M. L. (org.), *O séc. XIXem Portugal,* Lisboa, 1979. DIAS G./DIAS J. S. S. — *Os primórdios da Maçonaria em Portugal,* Vol. I, Tomo II,
Coimbra, 1979.
MARTINS, O.—*Portugal Contemporâneo,* 2vols., Lisboa, 1976. MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* Vol. I, pp. 277 ss. SOARES, M. — «Constituição de 1822», in JOEL SERRÃO (dir.), *Dicionário da História*
de Portugal, Lisboa, 1963. BASTID, P. — *Les institutions politiques de la monarchie parlamentaire française*
(1814-1818), Paris, 1954. LARANIO, J. F. — *Princípios de Direito Político e Direito Constitucional Português,*
Coimbra, 1898. SCHMIDT-ASSMAN, *Der Verfassungsbegriff,* cit., pp 137 ss.

C) **CONSTITUCIONALISMO DA RESTAURAÇÃO**

BONAVIDES, P./ANDRADE, P. —*História constitucional do Brasil,* 2ª ed., Brasília, 1990.
CAETANO, M. — *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* Vol. I, pp. 423 ss.
CAMPINOS, J. —*A Carta Constitucional de 1826,* Lisboa, 1975.
MIRANDA, J. — *Manual,* Vol. I, p. 230 ss.
PRAÇA, L. —*Estudos sobre a Carta Constitucional e Acto Adicional de 1852,* 3 vols.,
Coimbra, 1878/1880. RIBEIRO, Maria M. T. — "A Restauração da Carta Constitucional", in *Revoltas e*
Revoluções, Vol. **II,** p. 190. SOUSA, Marnoco — *Direito Político —Poderes de Estado,* Coimbra, 1910.

D) CONSTITUCIONALISMO SETEMBRISTA

CABRAL, M. V. — *O desenvolvimento do capitalismo em Portugal,* Lisboa, 1976. CAETANO, M. —*Manual,* Vol. II, p. 437 ss.
DIAS, J. S. S./DIAS, G. S. — *Os primórdios da maçonaria em Portugal,* 1/2, pp. 838 ss. MIRANDA, J. — *Manual,* cit., pp. 238 ss.

PEREIRA, M. H. —*Revolução, Finanças e Dependência Externa,* Lisboa, 1979.
SÁ, V. —*A Revolução de Setembro de 1836,* Lisboa, 1972.
SILBERT, A. — «Cartismo e Setembrísmo», in *Do Portugal do Antigo Regime ao Portugal Oitocentista,* 3.a ed., Lisboa, 1981, pp. 197 ss.
SILVA, J. J. Rodrigues da — "O constitucionalismo setembrista e a Revolução Francesa", in VÍTOR NETO (coord), *A Revolução Francesa na Península Ibérica,* 1989.
VIEIRA, Benedita — *A Revolução de Setembro e o Discurso constitucional de 1837,* Lisboa, 1987.
E) CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO
CAETANO, M. — *Manual,* Vol. II, p. 470 ss.
CATROGA, F. — *A importância do positivismo na consolidação da ideologia republicana em Portugal,* Coimbra, 1977.
— *A Militância Laica e a Descristianização da Morte em Portugal (1965-1911),* Vol.
I, Coimbra, 1988.
— *O Republicanismo em Portugal. Da formação ao 5 de Outubro de 1910, 2* vols., Coimbra, 1991.
HOMEM, A. Carvalho — *A Ideia Republicana em Portugal. O contributo de Teófilo*
Braga, Coimbra, 1988. MIRANDA, J. —*Manual,* Vol. I, pp. 240 ss. SOUSA, M. — *Constituição Política Portuguesa, Comentário,* Coimbra, 1913.
F) CONSTITUCIONALISMO CORPORATIVO
CAETANO, M. —*Manual,* Vol. II, pp. 486 ss. CAMPINOS, J. — *O presidencialismo do Estado Novo,* Lisboa, 1978. CRUZ, B. J. —*As origens da Democracia Cristã e o Salazarismo,* Lisboa, 1980. MIRANDA, J. —*Manual,* Vol. I, pp. 247 ss.
MOREIRA VITAL — *Direito Corporativo,* Coimbra, 1973 (ciclostilo). RIBEIRO, J. J. T. — «O destino do corporativismo português», *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* Vol. I, 1945.

A I *O MOVIMENTO PRE-CONSTITUCIONAL*

1. A *«Súplica» de Constituição* **(1808)**

O movimento constitucional português não começou com o vin-tismo. Iniciou-se com a «súplica» de Constituição dirigida a Junot, em 1808, por um grupo de cidadãos (entre os quais avultam os docentes universitários Cortes Brandão e Ricardo Raimundo Nogueira, o Juiz do povo de Lisboa, tanoeiro Abreu Campos, e o desembargador Francisco Coelho). Trata-se de um texto forjado numa «ambiance» afrancesada e que tem permanecido num relativo esquecimento [1]. O suporte social e político do projecto constitucional de 1808 não se recorta ainda hoje com suficiente segurança, mencionando-se a existência de um «partido liberal» e de sectores burgueses antibritânicos [2].

2. A «proposta» de Constituição

Se o suporte social e político do «texto napoleónico» não se recorta com nitidez, já o mesmo não acontece com o teor da petição [3] (de Abreu Campos) referente ao primeiro «projecto constitucional»:

[1] RAUL BRANDÃO, *El-rei Junot,* p. 195, fornece-nos informações úteis sobre este movimento constitucional «avant la lettre». Num curioso paralelismo, que se verificou em quase toda a história constitucional dos dois estados ibéricos, também em Espanha se registou um processo constitucional semelhante (Constituição de Baiona, de 1808). Cfr. M. F. CLIVILLÉS, *Derecho Consitucional Espanol,* Madrid, 1975, pp. 211 ss.; MARIA H. CARVALHO DOS SANTOS, "A evolução da Ideia de Constituição em Portugal. Tentativas constitucionais durante a invasão de Junot", in VÍTOR NETO (org), *A Revolução Francesa e a Península Ibérica,* Coimbra, 1988, P-435 ss; ANA CRISTINA ARAÚJO, "Revoltas e Ideologias", in CARVALHO HOMEM, (org), *Revoltas e Revoluções,* Vol. II, Coimbra, 1985, p. 61 ss.

[2] Cfr. as referências recentes de M. ALPERN PEREIRA, «A crise do Estado do Antigo Regime: alguns problemas conceituais e de cronologia», in *Ler História,* 2/1983, p. 10.

[3] Esta petição (que foi rejeitada pela Junta dos Três Estados) pode ver-se transcrita em DAMIÃO PERES, *História de Portugal,* Vol. VII, p. 22, nota 1, e em LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios para o Estudo do Direito Constitucional Português,* Vol. 2, Coimbra, 1893, p. IX.

— *arquétipo* constitucional reconduzível ao das constituições outorgadas (mais especificamente, a outorgada por Napoleão ao Grão-Ducado de Varsóvia);
— representação da Nação confiada a representantes eleitos pelas «Câmaras Municipais»;
— executivo exercido por meio de «ministros responsáveis» assistidos por um «Conselho de Estado»;
— legislativo constituído por «duas câmaras com a concorrência da autarquia executiva;
— organização pessoal da administração civil, fiscal e judicial, moldada segundo o «sistema francês», propondo-se, inclusive, a vigência em Portugal do Código Civil de Napoleão;
— conservação do regime monárquico;
— liberdade de cultos;
— elevação das colónias à categoria de províncias portuguesas;
— igualdade perante a lei e princípio da proporcionalidade dos impostos.

B I *O CONSTITUCIONALISMO VINTISTA*

I — Poder constituinte e modelos constitucionais

A Constituição de 1822 é um dos textos mais importantes do constitucionalismo português. Isto não tanto pela duração da sua vigência (apenas 7 meses na sua primeira vigência, de 23 de Setembro de 1822 até Junho de 1823, e 19 meses incompletos de 10 de Setembro de 1836 a 4 de Abril de 1838), mas porque ela marca não só o início do verdadeiro constitucionalismo em Portugal, mas também porque ela é um ponto de referência obrigatório da teoria da legitimidade democrática do poder constituinte (uma das tradições constitucionais portuguesas, iniciada, precisamente, pelo documento vin-tista). Acresce que sobre o texto de 22 vai gravitar parte da luta político-constitucional, pelo menos até 1838 (para não se dizer até 1851, data da *Regeneração).* A partir desta última data, o vintismo será agitado pelo incipiente movimento republicano.

1. O poder constituinte

Durante o constitucionalismo monárquico da I.ª fase não existem forças partidárias puras. O poder constituinte, tal como ele se manifestou nas Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes de 1821, foi expressão do confronto e compromisso dos grupos (tendencial-mente interclassistas) que atrás se identificaram (realistas, moderados, gradualistas e radicais) (cfr. *supra,* p. 188).

Esta distribuição é confirmada por documentos diplomáticos da época (dos encarregados de negócios da França e da Espanha). O primeiro (Lesseps) referia quatro tendências: os moderados, os liberais, os ultraliberais e «os que querem fazer voltar tudo ao estado anterior». O delegado da Espanha (D. José Maria Pando) faz as seguintes diferenciações: *«los sequazes dei puro regimen arbitrário», «los liberales exaltados», exageradores de todas las teorias socia-les», «los liberales moderados»* e *«los aristocratas, amigos de la concentracion dei poder, los cuales condesciendem a dar alpueblo una representacion política».*

J. S. SILVA DIAS, referindo-se à revolução vintista, escreve: «Ao lado de uma perspectívação aristocrata do liberalismo que teve no duque de Orleães a figura suprema em França e em Palmeia a figura suprema em Portugal, havia uma perspectivação burguesa do liberalismo. E ao lado dos liberais radicais, forte em cúpulas, mas extremamente débeis quanto a bases de apoio, encontramos os gradualistas, com a força da sua base de apoio no corpo do comércio urbano e nas profissões jurídicas, e os liberais moderados com largo apoio em franjas importantes da burguesia, da nobreza, do clero, do funcionalismo e das profissões livres. Enquanto uns optavam pelo constitucionalismo à inglesa, outros optavam pelo modelo jacobino, e outros ainda optavam por um modelo misto.» Cfr. J. S. SILVA DIAS, «A Revolução Liberal portuguesa: amálgama e não substituição de classes», in *O Liberalismo na Península Ibérica,* Vol. 1, p. 21 ss; «O Vintismo: realidades e estrangulamentos políticos», in *O Século XIX em Portugal,* coord. de Jaime Reis, M. F. Mónica, M. L. Lima dos Santos, Lisboa, 1979, pp. 303 ss. Para maiores desenvolvimentos cfr. J. S. SILVA DIAS/GRAÇA SILVA DIAS, *Os primórdios da Maçonaria em Portugal,* Vol. 1, Tomo 11, p. 753.

Em termos tendenciais, pode afirmar-se que as classes populares não estiveram representadas no poder constituinte como fracções autónomas. E isto será uma constante do nosso constitucionalismo. Em certos momentos vão aderir a movimentos revolucionários, criando-se situações político-constitu-cionais que permitem o acesso político de fracções da média burguesia (vintis-tas, setembristas, progressistas, republicanos) mas que, depois, com compromisso ou não, vão compartilhar ou ceder o poder político às fracções burguesas dominantes (conservadores, cabralistas, regeneradores).

2. Os modelos constitucionais em confronto

Pelas discussões que se vão travar nas Cortes Constituintes e pela imprensa da época é possível descortinar três tendências na

questão fulcral do modelo político constitucional a escolher: (1) o constitucionalismo inglês era o modelo da ala moderada; (2) o modelo convencional francês inspirava em muitos pontos o sector radical; (3) os gradualistas mostravam preferência pelo figurino espanhol da Constituição de Cádis de 1812.

II — Estrutura da Constituição de 1822

Os princípios norteadores da Constituição de 1822 foram já referidos. Em síntese, assinalam se: (1) o *princípio democrático,* pois a «soberania reside essencialmente em a Nação» (art. 26), só à Nação «livre e independente» pertence fazer a sua constituição ou Lei fundamental, «sem dependência do rei» (art. 27.°), e a própria «autoridade do rei provém da Nação» (art. 121.°); (2) *o princípio representativo,* dado que a soberania só «pode ser exercitada pelos seus representantes legalmente eleitos» e só aos deputados da Nação «juntos em Cortes» pertence fazer a Constituição (arts. 26.°, 27.°, 32.°, 94.°); (3) o *princípio da separação de poderes* (legislativo, executivo e judicial), «de tal maneira independentes» «que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro» (art. 30.°); (4) *princípio da igualdade jurídica e do respeito pelos direitos pessoais* (cfr., sobretudo, arts. 3.° e 9.°).

A afirmação tão clara destes princípios levou alguns autores a afirmar que a Constituição de 1822 iniciou não só a tradição constitucional democrática mas também a tradição republicana. Joaquim de Carvalho há já alguns anos que o acentuou: [os vintistas] «anunciaram em Portugal pelas intenções, pelas leis e pelos actos, as ideias essenciais da democracia — soberania da Nação, respeito da personalidade individual e igualdade jurídica — aquelas, porventura, de uma forma mais substantiva que esta embora pela primeira vez se proclamasse em língua portuguesa ser a lei igual para todos»; «a constituição política de 1822 foi estruturalmente republicana; da monarquia conservava apenas o símbolo: a coroa». Cfr. Joaquim de Carvalho, *História do Regime Republicano,* direc. de Luis de Montalvor, Vol. 1, Lisboa, 1930, p. 177.

2. Os direitos fundamentais

Diferentemente do que acontecia com a Constituição francesa de 1791 (com uma *Déclaration* de direitos separada), e de modo também diverso do que sucedia com a Constituição espanhola de Cádis de 1812 (em que os direitos estavam diversos no Título I), o texto de 22 incorporava logo no Título I o *catálogo* dos direitos e deveres individuais sob a epígrafe «Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses».

O documento vintista separou duas categorias de direitos que a *Oéclaration* de 1789 juntava: *«droits de 1'homme»* e *«droits de la Nation».* Estes últimos, como, por exemplo, a soberania da Nação, o direito de fazer leis, o direito de ter uma representação, são remetidos para o Título II. Os direitos a que se refere o Título I são rigorosamente *direitos individuais* (pessoais), embora se trate mais de garantias do que de liberdades. Muitos deles têm um «carácter afirmativo» (direito à liberdade, à segurança, à propriedade), mas outros apresentam-se com um «carácter negativo», dirigindo se essencialmente contra o *Ancien Regime:* a lei é igual para todos, não se tolerando «privilégios de foro nas causas cíveis ou crimes nem comissões especiais» (art. 9.°); «todos os portugueses podem ser admitidos aos cargos públicos, sem outra distinção que não seja a dos talentos e das suas virtudes» (art. 12.°); «os ofícios públicos não são propriedade de pessoa alguma» (art. 13.°); «o rei não pode mandar prender cidadão algum» (art. 124.°). Alguns preceitos consagram «imposições constitucionais» que hoje designaríamos por «direitos a prestações»: «ensino da Mocidade portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar» (art. 237.°); «criação de novos estabelecimentos de instrução pública» (art. 238.°); «fundação, conservação e aumento de casas de misericórdia e hospitais» e de «rodas de expostos, montes-pios, civilização dos índios, e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade» (art. 240.°).

3. O poder legislativo

O poder legislativo residia «nas Cortes com dependência da sanção do rei» (art. 30.°). Vejamos os pontos fundamentais do principal poder da Constituição Vintista.

a) *Estruturas eleitorais*

As Cortes configuravam-se como *assembleia unicameral, eleita bienalmente* (art. 41.°). A eleição de deputados, além de ser *indirecta* [os «cidadãos activos» limitam-se a eleger eleitores de segundo grau e daí que haja primeiro assembleias primárias (art. 44.°), e depois assembleias em «junta pública na casa da Câmara» (art. 61.°), e, finalmente, assembleias na junta de cabeça de divisão eleitoral (art. 63.°)], não era *universal,* pois quanto à capacidade eleitoral activa excluía do direito de voto as mulheres, os menores de 25 anos, os «filhos de família que estivessem no poder e companhia dos pais», os

«criados de servir», os «vadios» e os «regulares» (art. 33.°), e quanto à capacidade eleitoral passiva estabelecia-se um *critério censitário,* pois eram inelegíveis, entre outros, «os que não têm para se sustentar renda suficiente, precedida de bens de raiz, comércio, indústria ou emprego» (art. 34.°). Não se exigiam candidaturas expressas («os moradores de cada concelho levavam escritos em listas os nomes e ocupações das pessoas em que voram para deputados», assim o estabelecia o art. 52.°), mas impunha-se *maioria absoluta (os* deputados, nos termos do art. 63.°, eram eleitos por «pluralidade absoluta», isto é, só eram eleitos os deputados cujos nomes se achavam inscritos em mais de metade das listas»), havendo segunda volta *(«ballotage»)* para os que não tivessem conseguido a pluralidade absoluta (art. 66.°, ss).

b) *Competência*

Além da competência política (tomar juramento do rei, reconhecer o sucessor da coroa, eleger a regência, aprovar os impostos e tratados de aliança, etc), ao poder legislativo incumbia naturalmente a função legislativa (art. 102.°) e o controlo político da constitu-cionalidade e da legalidade (art. 102.°). A esta última competência está ligada a *responsabilidade por factos ilícitos* dos secretários de Estado perante as Cortes (no art. 159.° dispunha-se, com efeito, que os secretários de Estado eram responsáveis perante as Cortes pela «falta de observância das leis», pelo «abuso do poder»,«pelo que obrarem contra a liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos», por «dissipação ou mau uso dos bens públicos»). Não se tratava, pois, de uma *responsabilidade política* do executivo perante o legislativo (cfr. *supra,* Parte III Cap. 2, 7).

c) *Procedimento*

A iniciativa das leis pertencia aos deputados, embora os secretários de Estado pudessem fazer *propostas,* que depois de examinadas por uma comissão das Cortes, podiam ser convertidas em *projectos de lei* (art. 109.°). É a partir desta ideia e desta terminologia que mais tarde se começará a chamar *projecto de lei* à iniciativa legislativa dos deputados e *proposta de lei* à iniciativa legislativa do Executivo (cfr. o art. 170.° da actual Constituição).

A concepção vintista de lei (cfr. art. 104.°) corresponde à matriz jacobi-no-rousseauniana de acto legislativo (art. 104.°: «vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos seus representantes») e à ideia de

Parlamento (com acentuações anglo-saxónicas) como fonte monista de legitimidade legiferante (a lei como vontade dos cidadãos declarada pelos «representantes dos cidadãos juntos em cortes«). A lei surgia, assim, como norma primária universal e só com base nela ou em execução dela poderão actuar os outros poderes. Daí que o Rei tivesse apenas competência para fazer *regulamentos de execução* e não *regulamentos independentes,* como mais tarde se veio a admitir com base no princípio monárquico (de inspiração germânica). Vide, precisamente, o art. 122.°, onde claramente se alude à autoridade real como autoridade que «consiste em fazer executar as leis; expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados a esse fim», ou seja, o de execução das leis.

d) *O veto real*

Limitada às leis (as outras atribuições das Cortes não dependiam da sanção real), a sanção do rei traduzia-se não num verdadeiro direito de sanção mas num direito de *veto meramente suspensivo* (o veto era suspenso por nova deliberação maioritária das Cortes, e desta segunda decisão confirmadora das Cortes o Rei daria «logo sanção» nos termos do art. 110.°). A eventual possibilidade de *veto de bolso* era resolvida estipulando-se que, se no prazo de um mês, «o Rei não der sanção à lei, ficará entendido que a deu, e se publicará», e se o Rei recusar a assiná--la, as Cortes mandá-la-ão publicar em nome dele (art. 114.°).

3. O **Rei**

A Constituição de 1822 configura a monarquia como uma *monarquia limitada.* Consagrando a soberania nacional e estabelecendo a separação de poderes, o texto vintista não só acentua o *carácter derivado* da autoridade do rei (art. 21.°: «A autoridade do Rei provém da Nação»), como extrai os corolários lógicos da divisão de poderes, definindo a competência do monarca de forma positiva e de forma negativa. De forma negativa, ao estabelecer a proibição da interferência do executivo no legislativo e nos tribunais (cfr. art. 124.°). De forma positiva, o Rei é considerado como «Chefe de Estado» com as respectivas atribuições (cfr. art. 123.°), e como chefe do Executivo (cfr. arts. 30.° e 157.° ss). No exercício desta última função, o Rei era assistido por secretários de Estado (arts. 30.° e 157.° ss), aos quais incumbiria a assinatura de «todos os decretos ou determinações do-Rei» (art. 161.°).

4. O Conselho de Estado

Composto por treze cidadãos, portugueses de origem (arts. 162.° e 163.72), e nomeados pelo Rei sob proposta em «terno» das Cortes

(art. 164.°), o Conselho de Estado tem por antecedente os antigos «Conselhos de Estado» e é o embrião dos futuros órgãos constitucio nais consultivos.
Ele devia ser ouvido pelo Rei «nos negócios graves, e partjcular-mente sobre dar ou negar a sanção das leis; declarar a guerra e a paz e fazer tratados» (art. 167.°). Competia-lhe igualmente propor ao Rei pessoas para os «lugares da magistratura e para os bispados».

5. Delegação do Poder Executivo no Brasil

No momento em que foi elaborada a Constituição de 1822 existia a grave *questão colonial* do Brasil. Para isso e para assegurar a «união real» previa-se para o Brasil uma *Regência* (art. 128.°), de 5 membros, encarregada do poder executivo. O texto vintista fala, precisamente, de *delegação do poder executivo* (art. 128.°).

6. A força militar

Estabeleceu-se uma dualidade de forças: (1) *a força militar permanente,* nacional (art. 171.°), sujeita ao Governo, e que constitui o exército; (2) as *milícias,* tropas provinciais, de serviço intermitente, que não podem ser utilizadas em tempo de paz fora das respectivas províncias, sem autorização das Cortes (art. 172.°).
Não se deve minimizar o sentido desta distinção: o Rei garante a segurança interna e externa do reino através do exército (art. 171.°), mas descentraliza-se a tutela da ordem pública interna, não podendo o monarca dispor das milícias fora da respectiva província sem autorização das Cortes (art. 172.°).

7. Início e cessação da vigência da Constituição de 1822

Assinada em 23 de Setembro de 1822, a Constituição de 1822 apenas vigora até 4 de Junho de 1823. Em termos práticos, pode dizer-se que o fim do seu primeiro período de vigência é imposto pela *Vilafrancada,* movimento contra-revolucionário chefiado por D. Miguel, em 28 de Maio de 1823. Em 3 de Junho, o Rei dissolveu as Cortes, e por lei de 4 de Junho de 1824 declarou em vigor as leis tradicionais. Por sua vez, o Decreto de 10 de Setembro de 1836, na sequência da Revolução de Setembro, estabeleceu a vigência do texto vintista, mas, como se verá, em termos muitos ambíguos.

C | *O CONSTITUCIONALISMO DA RESTAURA ÇÃO*

I — Constitucionalismo histórico, constitucionalismo romântico e cartismo

1. A concepção puramente histórica de constituição [4]

O conceito de constituição abstracto-normativo da revolução liberal veio a merecer as mais apaixonadas críticas por parte do pensamento tradicionalista e contra-revolucionário. Em geral, as construções doutrinárias andavam a par com o «engagement» político.

A um conceito de constituição como criação derivada a-histori-camente da razão, os teóricos tradicionalistas e contra-revolucionários opõem uma constituição ligada ao ser histórico concreto, uma constituição que «cresceu» graças à «aquisição do património razoável dos séculos» (BURKE). A constituição não é uma *criação* oriunda *ex abrupto* da razão abstracta; é o *real* precedente dos séculos. E não só não é uma *criação* da razão como não pode ser *generalizável:* cada nação tem a sua «constituição natural» que a própria história se encarregou de fazer, possuindo, por isso, toda a força de legitimidade que ela confere [5]. Contrariamente à constituição liberal, a constituição natural não é um «médium» [6] entre a sociedade e o indivíduo; não é um elemento estranho que afasta *a participação* de todos na feitura da constituição; não é uma construção artificial com existência própria, cavando a radical separação entre um aparelho estadual «descarnado» e a esfera individual. A constituição é imediação, é evolução, é o «subconsciente colectivo», o «irracional», a cristalização ou precipitação dos componentes históricos de uma Nação.

A concepção histórica punha em relevo um facto não despiciendo — a correspondência que deve existir entre a constituição e a

[4] Sobre a concepção de «constituição puramente histórica» cfr. Schmidt--Assman, *Der Verfassungsbegriff,* cit., p. 137.

[5] Cfr. Reis Torgal, *Tradicionalismo e Contra-Revolução. O Pensamento e Acção de José da Gama e Castro,* Coimbra, 1973. Na doutrina espanhola, cfr., pOr último, Remédio Sanchez Ferril, *La Restauración y su Constitución Política,* Valência, 1984.

[6] Cfr. Schmidt-Assman, *Der Verfassungsbegriff,* p. 136.

realidade constitucional[7]. A necessidade de uma adequação da constituição à realidade não legitima, porém, a erupção do irracional e do reaccionarismo, a travagem na aceleração da história. A concepção histórica da constituição (que em Portugal foi defendida sobretudo pelos miguelistas e teóricos absolutistas) é, de facto, a expressão constitucionalista da contra-revolução. Considerando que a *constituição civil* dos povos não é nunca o «resultado de uma deliberação», a concepção histórica regressa à absolutização irracional de autoridade. Com efeito, ao considerarem que o regime dos povos é dado por Deus, ou porque ele permite esse regime «germinar insensivelmente como uma planta» *(autoridade teológico-naturalista)* ou porque ele escolhe «homens raros» aos quais confia os seus poderes *(autoridade teológico-pessoal),* as teorias contra-revolucionárias justificam quer a infalibilidade do soberano quer o repúdio das tentativas para se transformar a ordem existente (tradicionalismo).

2. O constitucionalismo romântico[8]

O constitucionalismo romântico não é facilmente caracterizável. É que, por um lado, tal como o constitucionalismo histórico, o romantismo tradicional rejeita os cânones normativos, racionalistas, abstrac-

[7] Esta necessidade de articulação da constituição com a realidade constitucional era salientada por autores que, propriamente, não se filiavam no pensamento contra-revolucionário, mas sim no movimento cartista, e até no movimento setem-brista, como a seguir exporemos no texto. Assim, por ex., Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projecto de Código Político para a Nação Portuguesa,* Paris, 1838, Vol. II, afirmava que (a principal razão porque tanto entre nós, como noutros países, têm caído tão facilmente debaixo dos mal-dirigidos ataques da força do absolutismo, tantas constituições defendidas pelos homens mais ilustres, era o não se acharem apoiadas num sistema de leis orgânicas, sem as quais é impossível conceber a sua execução». Em 1898, José Frederico Laranjo, nos seus *Princípios de Direito Político* e *Direito Constitucional Português,* p. 54, afirmava que «o valor de uma constituição não é absoluto, não é intrínseco, mas determinado pela correspondência em que está com as necessidades e aptidões do povo para que é feita». Curiosa não deixa de ser, porém, a noção de *constituição histórica* que este autor nos dá centrada *na luta de classes:* constituições históricas que se foram formando pouco e pouco através da luta de classes e dos compromissos que elas originaram e que ordinariamente não são escritas senão em parte» (cfr. *ob. cit.* p. 53).

[8] Sobre O constitucionalismo romântico cfr. especialmente E. R. HOBER, *Nationalstaat und Verfassungsstaat,* Stuttgart, 1965, p. 48 ss; Schmidt-Assman, *Verfassungsbegriff,* cit., pp. 148 ss; P. BENICHOU, *Le temps des prophètes. Doctrines de Vage romantique,* Paris, 1977.

tos, do constitucionalismo vintista. Contra as construções formalistas entendiam ser necessário libertar das formas a *totalidade da vida.* Ainda à semelhança do historicismo, o constitucionalismo romântico busca na história os fundamentos da constituição. Mas agora, em vez da defesa de uma constituição entendida como precipitação da história, procuram substituir o modelo ordenador liberal (constituição normativa) por um novo parâmetro de ordenação: a estrutura político--constitucional da Idade Média. Defende-se o regresso às estruturas comunais e à espiritualidade católica. Neste sentido escreverá HER-CULANO nas *Cartas sobre a História de Portugal:* «A existência enfim intelectual, moral e material da Idade Média é que pode dar proveitosas lições à sociedade presente, com a qual tem muitas e completas analogias.» A ideia de uma *consciência popular* converte-se em ideia ordenadora de uma comunidade universal. Desta forma, ao contrário do pensamento concretizador dos historicistas, os cons-titucionaistas românticos não são adversos à generalização. Não se trata, é certo, do geral-abstracto do constitucionalismo, mas também se não vai ao ponto de insistir na categoria do concreto real (histórico) do pensamento contra-revolucionário.

Em Portugal, a posição que se aproximou mais dos postulados românticos foi a dos *setembristas ordeiros* (Rodrigo da Fonseca Magalhães), e o seu melhor expoente foi Alexandre Herculanos [9].

Na época posterior à Primeira Guerra Mundial, procurou-se valorizar a política romântica, considerando-a como uma das primeiras reacções contra o positivismo e o formalismo. Todavia, no campo da teoria do Estado e da constituição, o romantismo não teve o significado e importância que teve na literatura e na arte. Até porque, como muito bem assinalou HUBER, o programa romântico era um programa perigoso. Tratando-se de um movimento de renovação contra o iluminismo, o absolutismo e o classicismo, o romantismo político corria o risco de passar de um movimento de renovação a um

[9] Cfr. FREDERICO LARANJO, *Princípios de Direito Político,* cit., p. 12, do capítulo referente às constituições e leis constitucionais; OLIVEIRA MARTINS, *Portugal Contemporâneo,* Lisboa, Vol. 2.°, 1977, p. 102. Não deve admirar a presença de Herculano no círculo do constitucionalismo romântico pelo facto de se tratar de um dos mais vigorosos adeptos das ideias liberais. E que, muitos dos vintistas, jacobinos e revolucionários, vieram a desembocar numa aristocracia liberal conservadora, individualista, tendencialmente aristocrata. Sobre a posição política de HERCULANO veja-se VÍTOR DE SÁ, *A Crise do Liberalismo,* 2.a ed., Lisboa, 1974, p. 143; BARRADAS DE CARVALHO, *As Ideias Políticas e Sociais de Alexandre Herculano,* 2.a ed., Lisboa, 1971; F. CATROGA, «Ética e Sociocracia — O exemplo de Herculano na geração de 70», in *Studium Generale, Aspectos da Cultura Portuguesa Contemporânea,* n.° 4/1982, pp. 7 ss; VÍTOR NETO, "Herculano: Política e Sociedade", in CARVALHO HOMEM (coord) *Revoltas e Revoluções,* cit., vol. 2, p. 647 ss.

movimento de *restauração,* a roçar, em alguns casos, pela *reacção* [lu]. «Enquanto durou a Revolução — escreverá CARL SCHMITT —, o romantismo político é revolucionário; com o fim de Revolução torna-se conservador e acomoda-se bastante bem às condições nitidamente reaccionárias da Restauração».

3. O constitucionalismo da Restauração

a) A *ideia de «carta constitucional»*

O pensamento contra-revolucionário insistiu na ideia de uma «constituição natural» como sendo a constituição ajustada a um ser histórico concreto. A mesma ideia — a adaptação da constituição às condições históricas — estará presente no movimento *cartista* [n]*.* Para os adeptos das chamadas *constituições outorgadas ou cartas constitucionais,* **a** constituição continua a ser uma ordem normativa, mas, ao mesmo tempo, devia adquirir eficácia experimental, ou seja, devia articular-se com os factores políticos reais nos vários países. O ponto nodal do constitucionalismo cartista centrar-se-ia, pois, na unidade da norma com a realidade, da ideia (constitucional) com a existência (num contexto histórico). Transferindo estas considerações para o palco político, entendia-se que a constituição não devia desprezar um factor político de primacial importância num espaço e tempo concretos: a Europa monárquica da Santa Aliança. Significa isto que os esquemas constitucionais deviam conciliar os princípios do exercício e titularidade do poder político (designadamente o princípio da soberania nacional ou popular), como o *princípio monárquico,* enfatizado a nível europeu por Metternich [12]. O Rei e a representação nacional constituem poderes diversos, não podendo derivar-se um do outro. Também não se exige uma absoluta coordenação entre os dois e uma rígida igualdade hierárquica. Pelo contrário, subjacente ao *princípio monárquico* estava a recuperação dos poderes do rei absoluto, mas

[10] Cfr. HUBER, *Nationalstaat,* cit., p. 49; CARL SCHMITT, *Romantisme politique.* Paris, 1928, p. 140.

[11] Como já salientámos, um dos autores que mais cedo manifestou as suas reservas em relação às construções constitucionais do vintismo liberal foi SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA. Sobre ele e suas perspectivas políticas veja-se o estudo de ESTEVES PEREIRA, *Silvestre Pinheiro Ferreira. O seu pensamento político,* Coimbra, 1974. Por último, cfr., MIGUEL ARTOLA "Constitución y Carta como modelos Consti-tucionales", in *O Sagrado e o Profano, Revista de História das Ideias,* p. 500.

[12] Sobre o princípio monárquico cfr. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte,* Stuttgart, 1963, Vol. III, p. 11.

agora tendo como moldura os esquemas constitucionais. Ao órgão representativo é assinalada uma função de participação no exercício do poder. Daqui se intui já que, na dúvida, era alargada a competência do rei em detrimento do parlamento.
As cartas constitucionais surgiram como um compromisso variável entre o princípio da soberania monárquica e os direitos de participação liberais-parlamentares. Mas não se tratava apenas de um compromisso entre o princípio monárquico e o princípio da soberania nacional. Um outro avultava no paralelogramo da correlação de forças políticas: o compromisso entre os elementos nobiliárquico-feudais e as forças, ideias e interesses da burguesia liberal. Assim se explica que de um *sistema monocameral* na Constituição de 1822 se passe para o *sistema bicameral* na Carta Constitucional de 1826. O enquadramento constitucional das forças nobiliárquicofeudais-clericais (que constituíam o suporte sociológico do *«Ancien Regime»)* fez-se através da Câmara dos Pares.
b) *O regime censitário*
A instauração de uma *monarquia constitucional com soberania monárquica* e a recuperação do poder político pelas forças feudais-clericais através da I.ª Câmara (Câmara dos Pares) indiciam já a evolução conservadora do constitucionalismo cartista. Mas também a eleição para a Câmara dos Deputados passa agora a estar mais severamente condicionada pelo *regime censitário.* O regime censitário alcança dignidade constitucional no art. 67.°, § 1.°, da Carta Constitucional: «Os que não tiverem renda líquida anual de cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego», são excluídos de votar nas assembleias paroquiais. O «quarto estado», não proprietário, é excluído do eleitorado activo. Torna-se clara a "teoria económica" de participação no poder político[13]. As teses que se defrontaram nos tempos da Restauração foram essencialmente três:
(1) os *ultralegitimistas* ou *ultra-realistas* pronunciavam-se contra o censo eleitoral porque pensavam que as massas do campesinato votariam pelos monárquicos, sob a influência dos grandes proprietários;
[13] Uma exposição centrada no problema das relações entre o direito de voto e a luta de classes ver-se-á em GRAF-SEILER, *Wahl und Wahlrecht im Klassenkampf,* Frankfurt/M, 1971. Cfr. também D. ROSANVALLON, *Le moment Guizot,* Paris, 1985, p. 121 ss; J. J. SUEUR, "Conceptions économiques des membres de la constitution", in RDP, 1989, p. 800 ss.

(2) os *ultraconservadores* continuam na senda de John Locke, fazendo derivar o direito de voto da propriedade da terra e fundando a sua tese sobre a verificação de que o indivíduo é conservador quando se torna proprietário de um imóvel;

(3) a *tese «liberal»,* sustentando que o eleitorado não correspondia a um direito subjectivo dos eleitores, mas a uma função social que, para ser bem cumprida, exigia um mínimo de competência e espírito conservador, mínimo este que seria garantido pela propriedade, quer esta fosse mobiliária ou imobiliária *(sistema capacitaria)* [14].

c) *A ordem legal*

Este critério vai, mais tarde, servir de pressuposto à definição da *ordem legal,* conceito que entre nós passou a ter voga após a entrada em vigor da Constituição de 1838. Foi nesta altura que se formou o *partido do centro,* aglutinando os moderados do cartismo e do setem-brismo. A ideologia do partido do centro coincidia sensivelmente com aquilo que em França se chamou a *«ordre legal».* Nesta altura (1840), a ordem legal já não significa *ordem legítima,* a ordem tradicional e histórica da monarquia absoluta. Ordem legal significa a ordem fundada no direito constitucional positivo, e os *partidos ordeiros* eram aqueles que defendiam o cumprimento regular e pacífico da ordem constitucional. Tanto entre nós como na França, o vocábulo tinha relativa justificação, dadas as sucessivas guerras civis e revoltas que operavam uma ruptura violenta das instituições constitucionais. Mas radica também aqui o embrião de uma ideologia autoritário-conser-vadora (em Portugal, simbolizada por Costa Cabral), que tinha sempre como programa a defesa da *ordem legal,* da ordem pública, da vida normal. Contra a chamada «anarquia popular», contra os protestos motivados pela agudizacão das clivagens sociais o *crime da sedição* é esgrimido sistematicamente: *«toute sédition est un crime: toute violence est un commencement d'anarchie»* [15].

A «gestão controlada do constitucionalismo) (M. M. Tavares Ribeiro) teria momentos de inequívoca tensão entre a constituição e a lei ordinária em nome da ideologia da «ordem legal». Exemplo típico é o das leis sobre a liberdade de imprensa, sobretudo a Carta de Lei de 3 de Agosto de 1850,

[14] Sobre este ponto, cfr., entre nós, Marnoco e Sousa, *Direito Político,* cit. p. 474. Modernamente, ver, por ex., M. Fabre, *Príncipes Républicains de Droit Cons-titutionnel,* Paris, 1970, p. 234.

[15] Cfr. Huber, *Nationalstaat und Verfassungsstaat,* cit., p. 87.

conhecida por «Lei das Rolha se o Decreto de 29 de Maio de 1890, vulgarmente chamado «Segunda Lei das Rolhas». Cfr., sobre esta matéria, MARIA M. TAVARES RIBEIRO, *Subsídios para a História da Liberdade de Imprensa,* Coimbra, 1984.

d) A doutrina do «juste milieu»

Uma outra ideia ligada à teoria da ordem legal é a do centrismo e moderação política, é a ideia *do juste milieu. «Quanta lapolitique inté-rieur, nous chercherons à nous tenir dans un juste milieu»,* afirmava Luís Filipe em França [16]. «Queremos votar com a esquerda ou com a direita segundo tiver razão uma ou outra. Entendemos fazer assim a nossa obrigação de centro, entendemos desempenhar assim uma impopular mas indispensável função parlamentaria; estamos certos de seguir assim a opinião nacional que inquestionável, e provadamente — quando no governo representativo pode provar-se — com os seus votos tem confirmado ora o procedimento de uma, ora de outra das duas secções do Partido Constitucional» [n], afirma ALMEIDA GARRETT, em Portugal, ao expor a política de *juste milieu* do *partido ordeiro.*

II — Estrutura e significado da Carta Constitucional de 1826

1. Carta prometida e projectos de carta constitucional

17a

Não obstante os propósitos visíveis do movimento da Vilafrancada — restauração do absolutismo —, o período (1823-1825) que se segue à primeira

[16] Apud HÚBER, *Nationalstaat,* cit., p. 88.

[17] Cfr. ALMEIDA GARRETT, *Obras de Almeida Garrett,* Vol. I, «Discursos Parlamentares», p. 1295. A defesa de *ordem* e do *juste milieu* feita por GARRETT respondeu JOSÉ ESTÊVÃO, ala esquerda do setembrismo, com um notável discurso *(Segundo discurso do «Porto Pireu»)* em que denuncia o oportunismo político e o carácter oligárquico do governo ordeiro. Cfr. JOSÉ ESTÊVÃO, *Obra Política,* Prefácio, recolha e notas de JOSÉ TENGARRINHA, Vol. II, pp. 69 ss. Neste discurso, JOSÉ ESTÊVÃO anatemizava também os *«doutrinários»* Royer Collard, Guizot) que, surgidos após a queda napoleónica, constituíam uma espécie de clube partidário, situado no centro político e defendendo uma concepção moderada da política. No plano da nossa doutrina constitucional SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA é apontado como um representante (não confesso) do espírito «doutrinário». Cfr., sobre isso, ESTEVES PEREIRA, *Silvestre Pinheiro Ferreira,* cit., p. 94; VÍTOR DE SÁ, A *Crise,* cit., p. 143.

[I7a] Cfr., por último, JOSÉ HENRIQUE DIAS, "A carta constitucional prometida",

experiência liberal não é ainda marcado por uma ruptura completa com a ordem liberal. Os propósitos do rei D. João VI seriam, antes, os de enveredar pelo «moderantismo», «dando» uma carta de lei fundamental em que se proclamasse a berania do rei» e se afiançassem os direitos do cidadão. Os documentos existentes provam isso mesmo. Na proclamação régia de 31 de Maio de 1823, D. João VI confessa: «Eu não desejo nem desejei nunca o poder absoluto, e hoje mesmo o rejeito», «... em pouco vereis as bases de um novo código que, abonando a segurança pessoal, propriedade e empregos... dê todas as garantias que a sociedade exige.»
Em 3 de Junho, em nova proclamação, adianta: vai dar-vos uma constituição em que se proscreverão os princípios que a experiência vos tem mostrado incompatíveis com a duração pacífica do Estado.»
Por decreto de 18 de Junho de 1823, nomeou-se uma comissão para «preparar o projecto da carta de lei fundamental da monarquia portuguesa» presidida pelo duque de Palmeia. O projecto final deveu-se sobretudo a RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA e foi publicado pelo Professor Paulo Merêa no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra,* Vol. XXIII, 1967, com o título «Projecto de Constituição de 1823». Aqui a monarquia define-se como moderada, «não absolutista» e «não representativa liberal». O poder legislativo residia no rei e nas Cortes, cabendo ainda ao primeiro o poder executivo. As Cortes eram bicamerais, sendo uma das câmaras, a do clero e da nobreza, e a outra a dos «deputados eleitos pelo povo», em sufrágio directo.
Ao lado do projecto oficial da carta de RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, conhece-se hoje um outro projecto de «tradicionalismo reformista» de Francisco Manuel Trigoso de ARAGÃO MORATO, também membro da junta oficialmente encarregada de elaborar o projecto de carta constitucional. Pode verse publicado em A. MANUEL HESPANHA, em anexo ao estudo «Projecto institucional do radicalismo reformista. Um projecto de constituição de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato», in *O Liberalismo na Península Ibérica,* Vol. 1, p. 81, e NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, "Projectos de Constituição entre a Vilafrancada e a Morte de D. João VI", in *Revista Jurídica,* Lisboa, 1979. Este projecto resumia-se a 24 artigos, todos relativos às Cortes. Por último, cfr. JOSÉ HENRIQUE DIAS, cit., p. 564 que dá notícia de um "Projecto de Lei Fundamental do Estado" que terá sido enviado ao Duque de Palmeia (9/7/1823, pelo jurista Alberto Carlos de Menezes.
Da carta ficou apenas a promessa. Os representantes da Santa Aliança manifestaram a sua oposição ao projecto. *Vide* em J. S. SILVA DIAS/GRAÇA SILVA DIAS, *Os primórdios da Maçonaria,* 1/2, p. 893, a documentação das «pressões estrangeiras anticartistas».
in *História e Filosofia,* VI (1987), p. 543 ss; *José Ferreira Borges. Política e Economia,* Lisboa. 1988, p. 232.

2. A Carta Constitucional de 1826 [18]

a) *O poder constituinte*

Falhada a tentativa de D. João VI e dos realistas moderados, a «carta prometida» só veio a aparecer com a morte do rei. Aclamado como rei, o Imperador do Brasil (D. Pedro), perante o inconveniente e melindre da *união pessoal* de dois reinos, outorgou, primeiro, uma Carta Constitucional à Monarquia Portuguesa, abdicando a seguir em sua filha, D. Maria. A abdicação era, porém, condicionada ao casamento desta com o tio, D. Miguel, e à garantia de vigência da Carta outorgada.

O poder constituinte baseia-se agora no *princípio monárquico: é* o monarca que, por livre vontade, outorga uma lei fundamental que, à semelhança do sucedido em França com Luís XVIII, e para vincar bem a diferença em relação ao termo constituição (considerado revolucionário), se designa por *carta.* É evidente que o facto de a carta se chamar constitucional representa já um *compromisso:* do ponto de vista formal, a monarquia vincula-se a normas jurídicas e o rei é *limitado* pela assistência de uma pluralidade de órgãos, não obstante lhe caber sempre a *iniciativa e a sanção* (iniciativa e sanção de leis, iniciativa e sanção na escolha e demissão dos ministros, iniciativa e sanção na convocação do corpo eleitoral e na dissolução das câmaras). A monarquia, dir-se-á, é ainda limitada pelo facto de ser uma monarquia *representativa* (art. 4.°: «O seu governo [da Nação] é Monárquico, Hereditário e Representativo», mas a ideia de representação já não é a ideia revolucionária. Do que se trata agora é de admitir, ao lado do rei, um órgão representativo (câmaras).

b) *Os princípios*

Os princípios informadores do documento de 1826 são fundamentalmente os seguintes: (1) *o princípio monárquico;* (2) *o princípio da divisão de poderes,* mas sem completa divisão de funções; (3) *o princípio censitário,* pois a participação no exercício do poder é cons-titucionalmente limitada a uma pequena minoria de possidentes; (4) reconhecimento de «Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portu-
gueses» (art. 145.°).

[18] Sobre a Carta Constitucional o estudo de conjunto mais recente é o de Jorge Campinos, A *Carta Constitucional de 1826,* Lisboa, 1975.

c) *O corpo eleitoral*
A monarquia cartista é considerada como uma verdadeira *diar-quia:* o poder político é partilhado pelo rei e pela oligarquia. A capacidade eleitoral activa era apenas reconhecida àqueles que, pelo menos, tivessem «cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego» (art. 65.°/5). As condições de elegibilidade eram ainda mais rigorosas, porque só «são hábeis para serem nomeados Deputados» os que tiverem «quatrocentos mil réis de renda líquida» (art. 68.°/I). Abrem-se as portas das Cortes à riqueza fundiária e mobiliária, ou seja, à aristocracia conservadora e legitimista e à burguesia industrial e financeira, mais liberal sob o ponto de vista económico do que sob o ponto de vista político.
d) *Os direitos fundamentais*
De uma forma significativa, os direitos dos cidadãos são remetidos, no texto de 1826, para o último artigo (art. 145.°). O catálogo dos «Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses» recolhe, porém, muitas das conquistas vintistas, e introduz outros direitos e garantias originais, como, por ex., «Liberdade de trabalho, cultura, indústria e comércio» (art. 145.°/25), «a garantia da dívida pública» (art. 145.°/ /22), «a nobreza hereditária e as suas regalias» (art. 145.°/31). Estas duas últimas garantias demonstram que, ao lado da afirmação da igualdade jurídica «A lei será igual para todos» (art. 145.712), se consagravam direitos ou garantias de classe da nobreza e da burguesia.
De registar que algumas imposições constitucionais referentes a direitos sociais e culturais (já constantes do texto vintista) voltam a reafirmar a garantia de «socorros públicos» (art. 145.729), de «instrução primária e gratuita a todos os cidadãos» (art. 145.730) e de «Colégios Universitários» (art. 145.733).
e) *Poder moderador e bicameralismo*
No que respeita à organização do poder político, a Carta introduz um novo poder — o *poder moderador* — (arts. 10.° e 71.°) e consagra o sistema bicameral (art. 14.°).
A ideia do poder moderador é um «produto teórico» trabalhado sobretudo por Benjamim Constant. Designando-o por *«pouvoir royal»,* este autor justificava a sua existência pela necessidade de o «poder real» ser um «poder neutro», a fim de evitar o vício de quase todas as constituições»: *«nepas avoir créé un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la sotnme totale d'autorité dont il*

doit être investi dans l'un des pouvoirs actifs». Cfr. BENJAMIM CONSTANT, «Príncipes de Politique», in *De la Liberte chez les Modernes,* org. de M. Gau-chet, Paris, 1980, p. 280.
Que o poder moderador, considerado pela Carta como «a chave de toda a organização política» e da competência privativa do rei (art. 71.°), era uma construção artificial e acabava por entregar ao poder executivo a solução dos conflitos foi logo notado pela doutrina constitucional do século XIX e princípios do século XX. Cfr., por ex., JOSÉ TAVARES, O *Poder governamental no Direito Constitucional Português,* 1909, pp. 7 ss. Na história constitucional brasileira vide as excelentes páginas de PAULO BONAVIDES/PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil,* p. 96, dedicadas ao significado do "poder moderador" na carta outorgada por D. Pedro em 1824.
Ao poder moderador competiam certas funções típicas de Chefe de Estado (Benjamim Constant aludia, por isso, ao *«pouvoir royal»* como *«celui du Chefde VEtat quelque titre qu'ilporte»):* nomeação dos pares (art. 74.71), sanção dos decretos e resoluções das Cortes (art. 74.73), prorrogação e adiamento das Cortes, bem como dissolução das Camará dos Deputados (art. 74.74), perdão e comutação de penas (art. 74.7 7), nomeação e demissão de ministros (art. 74.7 5). Outras funções que a Carta atribuía ao rei como «Chefe do Poder Executivo» (art. 75.°) eram, porém, igualmente típicas das atribuições de um Chefe de Estado (convocar as Cortes, nomear embaixadores, dirigir negociações políticas com nações estrangeiras, fazer tratados de aliança, conceder títulos, honras, ordens militares e distinções, etc), o que vem comprovar a insuficiência da distinção material entre actos reais no exercício do poder moderador e competência do rei como «Chefe do Executivo».
Com a atribuição do poder legislativo às Cortes e com a consagração do sistema bicameral (arts. 13.° e 14.°)—*Câmara dos Pares* e *Câmara dos Deputados* — a Carta Constitucional procedeu a uma partilha do poder político, satisfazendo sectores da nobreza legitimista que tinham ficado marginalizados na Constituição de 1822. A Câmara dos Deputados «era electiva e temporária» (art. 34.°) e a Câmara dos Pares era «composta de membros vitalícios e hereditários, nomeados pelo rei, e sem número fixo». A estes Pares acresciam os Pares «por direito próprio em virtude do nascimento» (nos termos dos arts. 39.° e 40.° eram os infantes e o príncipe real, logo que chegassem à idade de 25 anos) e os pares «por direito próprio em virtude do cargo» (o Decreto de 30 de Abril de 1826 incluía neste número o patriarca de Lisboa, os arcebispos e os bispos).
A existência de um critério fortemente censitário para a eleição da Câmara dos Deputados e a existência de «pares de direito próprio», bem como a própria hereditariedade, vão merecer severas críticas dos secto-

res liberais e estiveram na origem das clivagens políticas (progressistas, moderadores, setembristas, cartistas, etc.) que se vão verificar durante a monarquia constitucional. A competência do rei para escolher «pares do reino» sem número fixo (algumas vezes através de «fornadas») era igualmente um dos pontos de atrito entre as fracções burguesas liberais. Os vários actos adicionais à Carta Constitucional vieram, geralmente, contemplar exigências referentes à composição da Câmara dos Pares.

Assim, o Acto Adicional de 5 de Junho de 1852 estabeleceu a eleição directa dos deputados (art. 4.°), baixou o censo para eleitor (art. 5.°/I), e posteriores leis (Lei de 8 de Maio de 1878 e Lei de 26 de Julho de 1899) alargam sucessivamente o âmbito do sufrágio.

Quanto à Câmara dos Pares, ela veio a ser profundamente alterada pelo Acto Adicional de 24 de Julho de 1885 (2.° Acto Adicional). Ficou a ser composta por pares vitalícios, nomeados pelo rei, em número de cem, de pares electivos em número de cinquenta, e de pares de direito, admitindo-se a hereditariedade do pariato a título provisório (art. 6). Todavia, através do Acto Adicional de 1895 (3.° Acto Adicional introduzido por decreto ditatorial) e da Carta de Lei de 3 de Abril de 1896 suprimem-se os pares electivos. Finalmente, pelo Decreto de 23 de Dezembro de 1907, restabelece-se o sistema da Carta Constitucional, embora o decreto não chegasse a ter sido posto em prática.

f) *O Ministério*

Como inovação da Carta Constitucional deve referir-se o aparecimento de «Ministros de Estado» que exercem o poder executivo em nome do rei (art. 75.°). Embora não se possa falar, como pretendia Benjamim Constant, de um «poder ministerial», separado do executivo, chefiado pelo rei, a existência de um «Ministério» (Capítulo VI), composto por ministros de Estado que referendam e assinam os actos do poder executivo (art. 102.°), e de um «Presidente do Conselho» (criado por lei de 23 de Junho de 1855), apontam para a instituição do *gabinete* (órgão colegial e solidário, deliberando sob a autoridade de um Primeiro-Ministro) e para a criação do *regime parlamentar de responsabilidade política* (cfr. *supra,* Cap. 2, 7).

Da *«monarquia constitucional»,* com *«governo simplesmente representativo»* (o chefe do Estado é responsável pelos actos do poder executivo, não tendo o ministério existência autónoma) transita-se para um *regime parlamentar dualista ou orleanista.*

O gabinete assume relevo político-constitucional (e não meramente administrativo), tornando-se responsável não apenas perante o rei, mas também perante as câmaras.

É claro que esta transição foi acompanhada por amplos debates doutrinais, designadamente quanto ao papel do rei numa estrutura dualista.

A fórmula francesa revolucionária *«la nation veut, le roi fait»* («a nação quer e o rei executa») coadunava-se com uma estrutura constitucional de tipo vintista, mas não com uma estrutura cartista, assente no princípio monárquico. Por sua vez, a fórmula de Thiers *«le roi règne et ne gouverne pas»* («o rei reina mas não governa») absorvia o poder executivo no poder ministerial e relegava o monarca para um papel neutral e negativo. Os doutrinários (Guizot, Royerco-llard) propunham outra fórmula: *«le roi règne»* («o rei reina»), *«le roi veut et agit»* («o rei quer e age»). É curioso que a «tese parlamentar mais tarde considerada como o desenvolvimento lógico da «monarquia constitucional», foi defendida primeiro pelos ultramonarquistas. Como a maioria das câmaras pertence aos ultra (maioria do *«pays legal»)* eles reclamam, em nome da maioria, um ministério da sua confiança. Os doutrinários, por sua vez, salientam o papel político do monarca, sendo incorrecto deduzir da responsabilidade ministerial e da inviolabilidade do rei a completa indiferença deste em relação aos actos dos ministros. Veja-se, entre nós, o debate doutrinal em Marnoco e Sousa, *Direito Político,* Coimbra, 1910, pp. 249 ss; José Tavares, *O Poder Governamental,* cit., pp. 97 ss. Cfr., por último, Jorge Miranda, *A Posição Constitucional do Primeiro-Ministro,* Lisboa, 1984, p. 10.

g) *O procedimento legislativo*

Em vários preceitos (arts. 45.°, 50.°, 51.°, 52.°, 53.°, 54.°, 55.° e 56.°) regula a Carta o procedimento de formação das leis. O «direito de proposição» (iniciativa) cabe a qualquer das câmaras (art. 45.°), bem como ao Poder Executivo (art. 46.°). A «oposição» (discussão) dos projectos de lei faz-se também nas duas assembleias, regulando o texto constitucional o procedimento a adoptar em caso de divergências (arts. 51.° ss). No procedimento legislativo participaria ainda o monarca, no exercício do poder moderador, através da *sanção* («aprovação da lei feita pelo Poder Executivo», LOPES PRAÇA) e do *veto* («reprovação ou não aprovação da lei pelo poder executivo»). Ao contrário do que sucedia na Constituição de 1822, o veto real às leis tinha «efeito absoluto» (art. 58.°).

Não obstante a Carta Constitucional se basear no princípio monárquico, é curioso que as relações entre lei-regulamento continuam a ser inspiradas mais pela concepção vintista (rousseauniano-jacobina) do que pela concepção dualista germânica. A faculdade de «expedir decretos, instruções e regulamentos» pelo poder executivo» (art. 75.°, ss) continua a ser justificada pela necessidade de execução das leis e não em virtude da existência de uma legitimidade autónoma do rei que lhe permitiria legislar no uso de uma competência inerente à função de governar e, portanto, não derivada do Parlamento.

A permanência do «espírito liberal da Carta» (cfr. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional,* Vol. II, p. 250) relativamente à iniciativa e discussão de leis, bem como no que respeita à distinção entre lei e execução da lei, sobretudo quando confrontado com outras cartas constitucionais (por ex., a Carta constitucional de França de 1814), vem alertar-nos para alguns proble-

mas de compreensão da monarquia constitucional portuguesa. Em primeiro lugar, o dualismo constitucional português, de clara inspiração doutrinária, continua a basear-se numa teoria monista das fontes de direito (a lei discutida e votada pelo Parlamento) e não na ideia de legitimidade dual (do Parlamento e da Coroa) quanto à criação do direito (que permitiria, designadamente, a existência de *regulamentos independentes,* com um âmbito material independente da lei, e a defesa de uma «simples vinculação negativa» (a administração em que a lei surgia como «limite» e não como pressuposto da acção do executivo). Em segundo lugar, essa compreensão das fontes de direito permitia delinear, em termos de arquitectura constitucional, um parla mentarismo dualista (de dupla confiança) no qual o governo, embora apoiado na confiança do rei, acabava por ter uma menor liberdade de conformação política do que aquela de que dispunha na «monarquia limitada» assente no princípio monárquico (em que o Governo tinha como exclusivo suporte a confiança real). Em terceiro lugar, o conceito constitucional de lei, tendencialmente formal (= lei do Parlamento), não permitia a introdução de conceitos materiais de lei como alguma doutrina (cfr. Marnoco e Sousa) mais tarde veio a defender.

g) *Vigência da Carta Constitucional*

A Carta Constitucional foi o documento constitucional que até ao momento mais tempo esteve em vigor. Mas a sua vigência não foi ininterrupta. Costumam distinguir-se três períodos de vigência:

1.° *Primeiro período (1826-1828)*

Começando logo por haver hesitações quanto ao juramento da Carta (foi o general Saldanha que então contribuiu decisivamente para isso), esta não conseguiu criar raízes, não obstante já ter sido considerada como «uma das mais monárquicas, senão a mais monárquica das constituições do seu tempo» (Marcello Caetano). Terminaria a sua primeira vigência em 3 de Maio de 1828, data em que D. Miguel convocou os «Três Estados do Reino» na forma tradicional.

2.° *Segundo período (18341836)*

Terminada a guerra civil em Maio de 1834, a Carta foi reposta em vigor, reunindo as Cortes, nos termos constitucionais, em 15 de Agosto do mesmo ano. Embora começasse por ser um documento de compromisso para as várias correntes liberais, ele viria a ser vivamente contestado por uma facção liberal (radical, saldanhista) que, vitoriosa em 9 de Setembro de 1836 (Revolução de Setembro), aboliu o documento cartista e repôs em vigor a Constituição de 1822.

3." *Terceiro período (1842-1910)*

Restaurada por decreto de 10 de Fevereiro de 1842, em virtude da vitória de Costa Cabral, a Carta Constitucional acabou por ser, embora com Actos Adicionais, o documento do compromisso liberal-conservador até à implantação da República em 1910.
Sobre a restauração da carta constitucional

cfr., por último, MARIA M. TAVARES RIBEIRO, "A Restauração da Carta Constitucional e a Revolta de 1844", e FERNANDO CATROGRA "A Maçonaria e a Restauração da Carta Constitucional", ambos em CARVALHO HOMEM (coord), *Revoltas e Revoluções,* Vol. 2, Coimbra, 1985, p. 183 ss; e 155 ss.

D I *O CONSTITUCIONALISMO SETEMBRISTA*

I — O constitucionalismo setembrista

1. A **ideia de constituição pactuada**

A morte da legitimidade e o triunfo da legalidade (da ordem legal) só podia ser admitida pelos liberais, informados pelo espírito do vintismo, quando a legalidade derivasse do povo (do princípio da soberania popular) e não do rei (princípio monárquico). Na verdade, de acordo com os dogmas revolucionários, para se poder falar de uma ordem legal, de uma ordem constitucional ou de uma legalidade constitucional, era necessário que a constituição fosse ela própria *lei* da nação e não *vontade* do príncipe, *ratio* e não *voluntas.* Mas, por outro lado, as forças que apoiavam a monarquia restaurada eram suficientemente fortes para exigirem uma atenuação substancial dos princípios vintistas. A conciliação irá fazer se através da substituição do modelo de constituição *outorgada* pelo de *constituição pactuada.* Nestas constituições, o diploma fundamental não é já uma carta doada pela vontade do soberano, mas um *pacto* entre o soberano e a representação nacional. O pacto pode ter ainda um teor que o aproxima das cartas constitucionais (prevalência do princípio monárquico) ou ter uma feição próxima dos princípios revolucionários da soberania nacional. Como quer que seja, a superação do princípio monárquico pelas constituições pactuadas marcava efectivamente a transição da monarquia hereditária para a monarquia representativa e pronunciava a morte de legitimidade dinástica. As palavras de CHATEAUBRIAND a propósito do pacto célebre entre Luís Filipe e a representação nacional são sugestivas: *«La legitimité est morte; n 'est pas Charles ou la branche ainée des Bombons, c'est la royauté qui s'en va: 1'avenir est la republique.» w*

' Cfr. HÚBER, *Nationalstaat,* cit., p. 88.

E não há dúvida que era este o espírito que presidia à feitura de alguns documentos constitucionais pactuados. Em Portugal, PASSOS MANUEL (em 1837) proclamava já que «a rainha não tem prerrogativas, tem atribuições; ela não pode ser considerada senão como o primeiro magistrado da Nação... Cerquei o trono de *instituições republicanas»* [20]. A Constituição de 1838 viria a seguir, considerando que «a soberania reside essencialmente com a Nação da qual derivam todos os poderes».

2. Cartismo e setembrismo

Os grandes filões político-ideológicos que se vão tentar identificar no próximo número correspondem à evolução global do liberalismo.

Antes, porém, da exposição das estruturas constitucionais do documento setembrista (Constituição de 1838), há que proceder a uma breve explicação da dialéctica concreta *cartismo-setembrismo.* Neste terreno, as *nuances* do compromisso político, as estratégias das facções sociais e as aspirações constitucionais nem sempre se demarcam com nitidez ou pecam por excessos simplificadores. Tentar-se-á aqui fornecer alguns tópicos.

a) A dicotomia *cartismo-setembrismo* não corresponde à dicotomia *constitucionalistas* (vintistas) e *cartistas.* Alguns setembristas não consideravam o credo vintista como elemento fundamental das suas reivindicações; alguns cartistas, defensores da Carta, não concordavam com a prática dos governos cartistas de 1832-1836.

b) O setembrismo não constituía uma corrente unitária, a ponto de se poder falar num *partido setembrista,* devendo antes destacar-se três facções, cuja ideologia e *praxis* política diferem sensivelmente: (1) o *setembrismo moderado* (PASSOS MANUEL); (2) o *setembrismo radical;* (3) o *setembrismo vitalício.*

Embora tenham como princípio a reivindicação da soberania democrática para a elaboração da lei fundamental (nesta medida eram anticanistas, dada a legitimidade monárquica da Carta Constitucional), os setembristas divergem profundamente nas tácticas de acesso ao poder e na organização do poder

[20] Cfr. *Discursos de Manuel da Silva Passos,* selecção de Prado d'Azevedo, Porto, 1879, p. 199. VÍTOR DE SÁ, A *Crise,* cit., p. 148, apresenta, porém, argumentos contra a arreigada ideia de considerar Passos Manuel um elemento típico de setembrismo radical e considera gratuita a própria afirmação de Passos Manuel que referimos no texto. Cfr. *ob. cit.,* p. 157.

político, sobretudo das câmaras (cfr., por último, J. J. Rodrigues da Silva, "O Constitucionalismo setembrista e a Revolução Francesa", in Vítor Neto (org), *A Revolução Francesa,* cit., p. 475 ss; Benedita M. Duque Vieira, A *Revolução de Setembro e a discussão constitucional de 1837,* Lisboa, 1987, p. 19 e ss; Maria de F. Bonifácio, "1834-1842 a Inglaterra perante a revolução portuguesa (hipótese para a revisão de versões coerentes", in *Análise Social,* 20, n.° 83 (1984), p. 467 ss; M. Manuela Tavares Ribeiro, "A Restauração da Carta Constitucional", in *Revolta e Revoluções,* vol. 2, p. 190.

O setembrismo radical sustenta a doutrina da «revolução legal» como meio de acesso ao poder. A legalidade (melhor: legitimidade) revolucionária era justificada não só pelo favoritismo que a Coroa concedia aos cartistas, mas também pelo impasse político criado pela Carta constitucional que, consagrando um sufrágio altamente censitário, não permitia a chegada ao poder dos estratos sociais que formavam a base social de apoio dos radicais. Defendendo, por outro lado, com energia, que a soberania, quer a nível constituinte quer constituído, residia nas Cortes, isso significava que, de forma clara, eles eram o partido que não contava com o apoio do rei. A tese da revolução legal levará esta tendência a uma *praxis* política intensamente combatida pelos partidos da «ordem» (quer dos cartistas quer dos próprios setembristas). Os radicais começavam por apoiar ou fomentar desordens a nível provincial (e na capital), reclamavam o poder para instaurarem a ordem, mas tinham depois de ceder o governo a um sector moderado que domesticava as «revoluções» que eles tinham iniciado. Esta posição do setembrismo radical está excelentemente exposta no folheto anónimo «Os *acontecimentos de Março na Capital considerados nas suas causas e efeitos. Memória dedicada aos amigos da Revolução de Setembro»,* Lisboa, 1838. Neste folheto, atribuído por Inocêncio da Silva a J. A. Campos e Almeida (Vice-Reitor da Universidade de Coimbra, em 1834, e Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, em 1837), alude-se aos falsos cartistas, «um partido sem nenhumas virtudes cívicas, protegido pelo palácio» e às duas tendências opostas da Revolução de Setembro: (1) uma, que tomou a iniciativa e rodeada de gente dos mesmos princípios proclamou em Setembro a reforma das instituições» e que tinha como «núcleo de acção» a Guarda Nacional de Lisboa e o Corpo do Arsenal; (2) outra, cujo foco era a «camarilha do palácio». Os«setembristas vitalícios», apodados de «traidores vitalícios», reivindicam uma representação da Nação, mas terminam por aceitar, como os cartistas, a estrutura aristocrática-burguesa, vitalícia e hereditária, da Camará dos Pares, consagrada na Carta Constitucional. *Os setembristas moderados,* como Passos Manuel, discordavam da Carta e embora considerassem parcialmente válidas as razões dos radicais quanto aos limites da acção parlamentar, entendiam que se deviam fazer reformas profundas mas graduais («reformas lentas e pausadas»), porque as reformas para serem fundadas é mister que não sejam só aprovadas por um partido, mas por todos os partidos: «a Constituição não é bandeira de nenhum partido, a Constituição está acima de todos os partidos» (Passos Manuel).

c) O cartismo não era uma corrente unitária, quer quanto à política quer quanto à abertura a «reformas» da Carta: havia críticos dos governos cartistas anteriores à Revolução de Setembro, mas que

eram profundamente hostis à violação de legalidade constitucional car-tista (ex.: Alexandre Herculano), e havia partidários da Carta, sobretudo pela cristalização aristocrático-burguesa que ela significava, e que recorrerão também a métodos extraconstitucionais para alcançar o poder (ex.: Costa Cabral, oriundo, de resto, do setembrismo)[20a].

d) Em termos sociais e económicos, o cartismo e o setembrismo são hoje considerados pelos historiadores como uma luta não só de organização do poder político, mas de confronto entre várias fracções da classe burguesa: a burguesia financeira, agrária e comerciante (esta ligada ao comércio externo) adepta da Carta, e a burguesia industrial, defensora de um sistema proteccionista à indústria (problema pautai), aliada às classes médias e à pequena burguesia (e, em Lisboa, às classes populares), adepta do setembrismo.

Esta clivagem económica foi e é salientada por diversos autores. Cfr. ALBERT SILBERT, «Cartismo e Setembrismo», in *Do Portugal do Antigo Regime ao Portugal oitocentista,* 3.ª ed., Lisboa, 1981, pp. 179 ss; MÍRIAM HALPERN PEREIRA, *Revolução. Finanças e Dependência Externa,* Lisboa, 1979, pp. 44 ss, 286 ss; JOEL SERRÃO, «Democratismo versus Liberalismo», in *O Liberalismo na Península Ibérica,* Vol. I, pp. 3 ss; VÍTOR DE SÁ, A *Revolução de Setembro de 1836,* Lisboa, 1979; M. VILAVERDE CABRAL, O *desenvolvimento do capitalismo em Portugal,* Lisboa, 1976, pp. 106 ss.

é) Tendo em vista as fracções de apoio ao cartismo e ao setembrismo, não admira que se vá desenhar um movimento de confluência de cartistas e setembristas quanto a dois pontos fundamentais: (1) marginalização dos adeptos da «revolução legal», o que vai acontecer definitivamente com a Convenção de Gramido, em 1847; (2) necessidade de solidificar uma ordem liberal que permitisse o fundamento ou alicerçamento burguês do Estado. A primeira exigência torna-se visível quando se forma o *Partido Regenerador* em 1851, aglutinando cartistas moderados e setembristas (progressistas), e quando o *Partido Progressista Histórico* (que se mantém fiel ao setembrismo) entra no esquema do *rotativismo,* insistindo na reforma da Carta, mas sem programa doutrinário económico-social substancialmente diferente do Partido Regenerador.

O reforço da «ordem liberal» e do fundamento burguês do próprio Estado revela-se no movimento da *Regeneração.* Quer se considere este movimento como o «compromisso histórico» da burguesia

[20a] Cfr., por último, M. MANUELA TAVARES RIBEIRO, "A Restauração da Carta Constitucional", cit. p. 193 ss.

(J. S. SILVA DIAS), quer como o «nome português do capitalismo» (OLIVEIRA MARTINS, VILAVERDE CABRAL), ele é, depois de 1865 *(Fusão* de 1865), o instrumento da solidificação burguesa do Estado Liberal, pois as fracções da burguesia em confronto no período setem-brista aceitavam agora um programa que permitia uma certa abertura da classe política e estabelecia um *modus vivendi* entre os defensores do proteccionismo e de sistemas pautais (burguesia industrial) e os adeptos do livre cambismo (burguesia financeira e comercial). Importante não era a luta ideológica e dos interesses conjunturais entre facções, mas a partilha rotativa do poder político por partidos interessados na legitimação definitiva da ordem burguesa.

A política económica da Regeneração pode ver-se descrita em M. VILAVERDE CABRAL, *O desenvolvimento do capitalismo em Portugal no séc. XIX,* Lisboa, 1976, pp. 163 ss; *Portugal na Alvorada do Séc. XX,* Lisboa, 1979, pp. 23 ss. Sob o ponto de vista histórico-político cfr. DOUGLAS WHEELER, *Repu-blican Portugal. A Political History —1910-1926,* Wisconsin, 1978, pp. 25 ss.

II — Estrutura da Constituição de 1838

a) *Princípios*

Sob o ponto de vista formal, a Constituição de 1838 surge como *constituição pactuada* (a exemplo de documentos semelhantes como a Constituição francesa, de 1830, e a Constituição belga de 1831) entre as cortes e o rei (cfr. no final da Constituição o juramento e a aceitação da rainha), e como uma *constituição compromisso* entre os defensores da soberania nacional (vintista) e os partidários da monarquia constitucional assente no princípio monárquico.

A ideia de compromisso está patente no desenvolvimento do problema constitucional depois da Revolução de Setembro: de uma simples revisão da Constituição de 1822 (as Cortes tinham sido convocadas para introduzirem no texto vintista «as modificações que as mencionadas Cortes entenderem convenientes», de acordo com o Decreto de 10 de Setembro de 1836) passou-se para uma nova constituição, pois de acordo com o Decreto de 6 de Novembro de 1836 os deputados teriam poderes para fazer «na Constituição do ano de 1822 e na Carta Constitucional de 1826 as alterações que julgarem necessárias, a fim de estabelecerem uma lei fundamental que assegure a liberdade legal da Nação, as prerrogativas do trono constitucional e que esteja em harmonia com as novas monarquias constitucionais da Europa».

2. Constitucionalidade

O Estado de direito é um *Estado constitucional.* Pressupõe a existência de uma constituição que sirva — valendo e vigorando — de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas — como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito — uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* — supremacia da constituição — e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o *«primado do direito»* do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão [44].

Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do Estado de direito.

a) *Vinculação do legislador à constituição*

A vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabi-lidade de as leis terem a forma e seguirem o processo constitucional-mente fixado para se considerarem, sob o ponto de vista *formal* e *orgânico,* conformes com o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um *parâmetro material intrínseco* dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes à constituição. A proeminência ou supremacia da constituição manifesta-se, em terceiro lugar, na *proibição de leis de alteração constitucional,* salvo as leis de revisão elaboradas nos termos previstos pela lei constitucional (cfr. arts. 164.°/a e 284.° a 289.°).

b) *Vinculação de todos os restantes actos do Estado à constituição*

O *princípio da conformidade dos actos do Estado com a Constituição* é mais amplo que o *princípio da constitucionalidade das leis.*

[44] Sobre este princípio estruturante do Estado de direito cfr. HESSE, *Grundzuge,* p. 77; BENDA, «Der soziale Rechtstaat», in BENDA / MAIHOFER, *Handbuch,* p. 485; R. WAHL, «Die Vorrang der Verfassung», in *Der Staat,* 1 (1989), pp. 485 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat», in ISENSEE / KIRCHHOF, *Staatsrecht,* I, p. 1002.

Ele exige desde logo conformidade intrínseca e formal de todos os actos dos poderes públicos (em sentido amplo: Estado, poderes autónomos, entidades públicas) com a constituição. Mesmo os actos não normativos directamente densificadores de momentos políticos da Constituição — actos políticos — devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controlo (político ou jurídico) de conformidade (cfr. art. 3.73). Finalmente, o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de actos que não violem positivamente a constituição; também a *omissão* inconstitucional, por falta de cumprimento das imposições constitucionais ou das ordens de legislar, constitui uma violação do princípio da constitucionalidade (cfr. art. 283.°).
c) *O princípio da reserva da constituição*
O princípio da supremacia da constituição exprime-se também através da chamada *reserva de constituição (Verfassunsvorbehalt).* Em termos gerais, a *reserva de constituição* significa que determi-nadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias mas sim pela constituição. Esta reserva de constituição articula-se com a *liberdade de conformação do legislador,* ou seja, um espaço de conformação atribuído ao legislador e que significa não ter querido a constituição submeter o órgão legife-rante a tarefa de mera execução.
A afirmação de uma reserva de constituição (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4, A) concretiza-se sobretudo: (a) na *definição do quadro de competências,* pois as funções e competências dos órgãos do poder político devem ser exclusivamente constituídas pela constituição, ou seja, todas as actividades do poder político devem ter fundamento na constituição e reconduzir-se às normas constitucionais de competência, e daí que o princípio fundamental do Estado de direito democrático não seja o de que o que a constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os *órgãos do Estado só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite* (cfr. art. 114.72); (b) no âmbito dos *direitos, liberdades* e *garantias,* a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas directamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização expressa e nos casos expressamente previstos pela constituição (cfr. art. 18.72).
A constituição é, sem dúvida, uma *constituição parcial* no sentido de que não pode aspirar a uma normação completa da chamada

«constituição material», mas é uma *constituição total (Vollverfassung)* relativamente à competência dos órgãos constitucionais, pelo menos dos órgãos de soberania [45].

d) *Força normativa da constituição*

O princípio da constitucionalidade não equivale, como resulta do que se acaba de afirmar em c), a uma total normação jurídica feita directamente pela constituição. No entanto, quando existe uma normação *jurídico-constitucional* ela não pode ser postergada quaisquer que sejam os pretextos invocados. Assim, o princípio da constitucionalidade postulará a *força normativa da constituição* contra a dissolução político-jurídica eventualmente resultante: (1) da pretensão de prevalência de «fundamentos políticos», de «superiores interesses da nação», da «soberania da Nação» sobre a normatividade jurídico--constitucional; (2) da pretensão de, através do apelo ao «direito» ou à «ideia de direito», querer desviar a constituição da sua função normativa e substituir-lhe uma *superlegalidade* ou *legalidade de duplo grau,* ancorada em «valores» ou princípios transcendentes (PREUSS) (cfr. porém, *supra,* Parte **I,** Cap. 4).

3. Sistema de direitos fundamentais [46]

a) *Razão antropológica*

A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito (cfr. CRP, art. 1.°: «Portugal é uma República soberana baseada na *dignidade da pessoa humana»;* art.

[45] Em termos teoréticos-constitucionais, a reserva de constituição implica também a ideia de todos os poderes políticos serem conformados normalmente pela constituição, em vez de serem considerados como entidades pré-constitucionais às quais a constituição traria apenas limites jurídicos. Para a discussão de alguns problemas relacionados com a reserva de constituição cfr. W. SCHMIDT, in *AOR,* n.° 106, pp. 497 ss; PEDRO CRUZ VILLALON, «Reserva de Constitucion?», in *REDC,* 9/1983, pp. 185 ss. Excluindo também a ideia de Constituição como «nova totalidade» («neue Totalität») cfr. por último, SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat» in ISENSEE / KIRCHHOF, *Staatsrecht,* I, p. 1002.

[46] Cfr. o processo de subjectivização do direito, cfr. L. FERRY / A. RENAUT, *Philosophie Politique,* II — *Des Droits de 1'homme à 1'idée republicaine,* Paris, 1985, p.72.

2.°: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na *garantia* de *efectivação dos direitos e liberdades fundamentais»).*
A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado «dignidade da pessoa humana». Pela análise dos direitos fundamentais, constitucio-nalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como *pessoa,* como *cidadão,* como *trabalhador* e como *administrado* (cfr. *infra,* Padrão II). Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito «fixista», filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido «cristão e/ou cristológico», em sentido «humanista-iluminista», em sentido «marxista», em sentido «sistémico», em sentido «behaviorista»)[47].
1. *Teoria de cinco componentes*
Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma «integração pragmática», susceptível de ser condensada da seguinte forma:
(1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como
dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável (CRP, arts. 24.°, 25.°, 26.°).
(2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade* (cfr. refracção desta ideia no art. 73/2.° da CRP).
(3) *Libertação da «angústia da existência»* da pessoa mediante
mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.°, 58.°, 63.°, 64.°).
(4) Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vin-culação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.
(5) *Igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social*
e na *igualdade de tratamento normativo,* (cfr. CRP, art. 13.°), isto é, igualdade perante a lei.
Esta «teoria de cinco-componentes» (Podlech) parece adequada às sugestões normativas da constituição e ao contexto jurídico-cultural

[47] Cfr. *Ca.* Starck, in Mangoldt / Klein / Starck, *Grundgesetz, Kommentar,* I, Art. 1. Em sentido diferente, Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 166 ss.

1. Liberalismo radical

Direito Constitucional

O liberalismo radical é representado na nossa história constitucional pelo *vintismo* revolucionário e pelo *setembrismo* radical, adepto e continuador do vintismo. Os princípios constitucionais do radicalismo burguês sintetizam-se da forma seguinte.

a) *Defesa da soberania popular*

Contrariamente ao conservadorismo liberal, adepto do princípio monárquico, e ao liberalismo moderado, partidário da teoria da soberania nacional e do estado representativo, o radicalismo liberal, na senda da teoria rousseauniana e do jacobinismo, afirma o poder soberano do povo, considerando que todos os poderes, desde o legislativo ao judicial, tem a sua origem exclusiva no povo.

b) *A ideia de República*

Dado que para o liberalismo radical todo o poder reside no povo, quer quanto à sua origem quer quanto à titularidade e exercício, não admira que, na sua pureza, o radicalismo adira à *república* como forma de governo mais consentânea com a teoria da soberania popular.

Em Portugal, os revolucionários vintistas não hostilizaram o regime hereditário por uma questão de pragmatismo político: não só a teoria da soberania popular não tinha uma «ambiance» política acolhedora, como era preciso contar com o poderoso movimento da *Restauração,* iniciado em França em 1814, e com a política intervencionista conservadora da Santa Aliança. O setembrismo radical pretendia, como vimos na frase anteriormente transcrita de Passos Manuel, cercar o trono de «instituições republicanas» e transformar a «realeza» em «monarquia representativa». Não se trata ainda de um ideário republicano dos finais do século XIX, mas nota-se já uma *acentuação democratizante, e não apenas liberalizante,* que viria a ser defendida pelos teóricos do republicanismo.

c) *A ideia da soberania parlamentar*

Trata-se de uma outra ideia, directamente derivada da soberania popular: o parlamento, expressão da vontade geral, deve ser o órgão principal de soberania. E não apenas o órgão principal: deve ser um

órgão *monocameral,visto* que só há *uma* vontade popular e esta só unitariamente pode ser representada. Esta teoria do unicameralismo foi formulada por SIEYÉS e acolhida no nosso documento constitucional de 1822. Mas já a Constituição setembrista, sob a pressão das forças cartistas conservadoras, não conseguiu evitar a consagração do bicameralismo.
Dentro da lógica da soberania parlamentar, o radicalismo não concebia um *governo constitucional* independente da confiança do parlamento. E mesmo um *governo parlamentar* assente na confiança da maioria da câmara não se coadunava totalmente com o radicalismo. Para este, a soberania popular implicava num *governo de assembleia.* Os «comités de salvação pública» *(Comités de salut public)* do jacobinismo foram a expresssão extrema da soberania de assembleia.
á)A ideia de igualdade
Não podemos esquecer que a ideologia revolucionária foi sintetizada pela tríade *«liberte, égalité etfraternité».*
Para a doutrina clássica liberal, a liberdade conciliava-se perfeitamente com a desigualdade política, limitado como estava o exercício da razão apenas aos proprietários. Ora, o radicalismo liberal nega a *racionalidade diferenciada* e considera como uma exigência da razão e da justiça a igualdade política dos cidadãos. Daí a insistência do radicalismo na igualdade do direito de voto e na defesa do sufrágio universal. Este era um dos pontos em que o radicalismo se diferenciava nitidamente do conservadorismo liberal: enquanto a burguesia conservadora se recusava a alterar o sufrágio censitário *(enrichessez-vous,* aconselhava como remédio GUIZOT em 1847), o radicalismo exigia que o «país legal» deixasse de ser o dinheiro. Em Portugal, o setembrismo, embora não advogasse a abolição do sistema censitário, exigia uma redução substancial do montante censitário, condicionante da capacidade eleitoral [24]. O sufrágio universal só viria a impor-se

[24] Assim, no *Programa da Associação Eleitoral Setembrista,* redigida por José Estêvão, *Obra Política,* cit., Vol. I, p. 175. Todavia, no relatório apresentado por Almeida Garrett às Cortes (24 de Janeiro de 1852) e que depois se converteu no Acto Adicional à Carta Constitucional da Monarquia, de 5 de Julho de 1852, continua a exigir-se como condição de capacidade eleitoral activa «a renda líquida anual de cem mil réis provenientes de bens de raiz, capitais, comércio, indústria ou emprego». Ver este documento em Lopes Praça, *Colecção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito Constitucional Português,* cit., Vol. II, pp. 281 ss.

com o triunfo da revolução republicana em 1910 (e ainda aqui com importantes restrições).

e) *Suporte social*

Já referimos que os partidos liberais são todos partidos burgueses, sendo admissível, para sua caracterização, operar com a dinâmica de *fracção de classe.* E difícil, porém, delimitar rigorosamente quais *as fracções de classe* que, desde a Revolução Liberal, alimentaram entre nós a corrente do radicalismo liberal, embora, como já mostrámos, nem sequer na sua pureza primitiva. Segundo as investigações históricas e, independentemente de se saber se o «vintismo» e o «setembrismo» correspondem a fenómenos transitórios da conjuntura económica 25, parece ser tendencialmente correcto afirmar-se que foi a burguesia citadina e rural, em 1820, e as classes industriais (fabricantes, artífices, operários), juntamente com a pequena burguesia comercial, no movimento setembrista, que deram alento aos projectos políticos do radicalismo liberal, nas vestes do vintismo e setembrismo portugueses.

2. O liberalismo compromissório[26] (liberal-conservador) 2.1. *Liberdade e poder*

O liberalismo representava na Europa a «esquerda», adversa ao poder monárquico absoluto. Todavia, no decorrer do século liberal, e à medida que o compromisso entre a burguesia e as forças conservadoras se cimentava, recortavam-se e definiam-se alguns *leit-motiv* da ideologia e da *praxis* liberal 2?.

[25] Esses estudos foram feitos por ViTORiNO Magalhães Godinho e Albert Silbert, e deles podem ver-se as referências feitas por Joel SerrãO no *Dicionário de História de Portugal (vintismo e setembrismo).* Uma análise sobre as classes e fracções de classe que forneceram o suporte sociológico do liberalismo vintista ver-se-á em Vítor de SÁ, *A crise do Liberalismo,* cit., pp. 61 ss, em Fernando Piteira Santos, *Geografia e Economia da Revolução de 1820,* Lisboa, 1962, p. 95, e em G. Silva Dias e J. S. Silva Dias, *Os primórdios da Maçonaria em Portugal,* Vol. II, 1980.

[26] Uma análise informada do funcionamento das instituições no parlamentarismo monárquico ver-se-á em Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* cit., Vol. II, pp. 410 ss. Cfr., também, JOSÉ Tengarrinha «Rotativismo», in Joel Serrão (org.), *Dicionário da História de Portugal,* Vol. III.

[27] Cfr. HÚber, *Deutsche Verfassungsgeschichte,* cit., Vol. II, p. 326.

a) *Liberalismo e autoridade*
Contra a dinastia, a burocracia as forças nobiliárquico-feudais, o liberalismo defendeu a liberdade. Todavia, em breve se aperceberam os homens liberais que não bastava *criar* a liberdade; era preciso segurá-la e garanti-la. Liberdade sem poder não era possível e daí que a tese da conjunção do *momento-poder* com o *momento-liberdade* ganhasse raízes cada vez mais profundas, quer no plano interno quer no plano internacional. No plano interno, *os partidos ordeiros,* dispostos a garantir e a prosseguir a política de conciliação da classe burguesa, exaltavam a legalidade para imporem a ordem; no plano internacional, começava a divizar-se a equacionação da política externa nos termos formulados pelos teóricos alemães: a guerra como continuação da política e a política como continuação da guerra.
b) *Liberalismo e realismo político*
A teoria da ordem legal liberal foi acompanhada pela chamada política interna do *just milieu.* Por outras palavras: as aspirações racionalistas, idealistas e revolucionárias devem ser temperadas pelo bom senso e sentido das realidades. Contra o radicalismo, teórico ou verbal, impunha-se uma *política prática,* uma *política realista;* ao *liberalismo ideológico* contrapunha-se o *realismo político.* Este *leit-motiv* era expressão do alicerçamento político das forças burguesas nos meados do séc. XIX. Verdadeiramente, quem detinha o poder já não era o rei, a burocracia, os legitimistas: era a classe burguesa que se afirmava como classe dominante. A exigência, no plano da *praxis* política, do realismo político, era expressão do *compromisso* constitucional feito entre os liberais e os conservadores.
2.2. O compromisso constitucional conservador-liberal
Começando por constituir a «esquerda», o liberalismo ruma em meados do século para o *centro político.* Entretanto, do lado conservador, também se delineava a tendência para se aproximar dos liberais moderados, aceitando as regras do jogo constitucional. Surge o *compromisso constitucional conservador-liberal* que dominou, com crises mais ou menos profundas, a política europeia até aos fins do séc. XIX. Este compromisso oscilou entre duas posições fundamentais:

a) *Liberalismo constitucional (centro-direita)*
Traduz-se na aceitação da *monarquia constitucional,* tal como era desenhada nas cartas constitucionais, e nas quais o poder era partilhado pelo monarca e pela representação popular. O governo era nomeado pelo monarca, respondia politicamente perante o parlamento, mas o ministério não estava dependente da confiança deste. O equilíbrio de poderes desta monarquia dualista deslocava-se, muitas vezes, a favor do rei, através do exercício do direito de veto. No campo dos direitos eleitorais, o liberalismo constitucional opunha-se, nos termos atrás referidos, à concessão da igualdade política, através da universalização do sufrágio.
Aos representantes do liberalismo constitucional se poderia dirigir a acusação que LOUIS BLANC fez em relação às doutrinas da ordem e do *juste milieu,* sustentadas pelo sufrágio censitário, restrito à burguesia privilegiada: *«Le criterium dupays legal est Uargent».* Em Portugal, o símbolo do domínio oligárquico é o *cabralismo* e os seus barões «gritando contos de réis», «zebrado, de riscas monárquico-democráticas», «usurariamente revolucionários e revolucionariamente usurários». Quem assim escreve [28] é um representante do elemento liberal que, mais tarde, defenderia a aproximação com o conservadorismo cartista — ALMEIDA GARRETT. Em termos partidários, dentro do constitucionalismo monárquico português, poder-se-á dizer que a verdadeira simbiose liberal-conservadora se verifica com a formação do *partido regenerador*[29], no qual se vieram albergar a ala moderada do partido cartista e alguns sectores do setembrismo.
b) *Parlamentarismo liberal (centro-esquerda)*
Ainda com ingredientes radicais, o parlamentarismo liberal defende ou tolera a *monarquia parlamentar,* na qual o rei seria considerado como o «poder neutro e abstracto», que «reina mas não

[28] Veja-se o texto citado na antologia de Joel Serrão, *Antologia do Pensamento Político Português,* Vol. I, Porto, 1970, pp. 125 ss. A fracção da burguesia que nessa altura se poderia considerar politicamente dominante era a *aristocracia financeira.* Isto é bem posto em relevo por K. Marx em *A luta de classes em França, 1848-1859,* Ed. Nosso Tempo, 1971, pp. 45 ss, e em *O 18 Brumário de Luís Bona-parte,* Ed. Nosso Tempo, 1971, pp. 24 ss.
[29] Sobre a história deste partido cfr. as indicações de Oliveira Martins *Portugal Contemporâneo,* 8." ed., Lisboa, 1977; Trindade Coelho, *Manual Político do Cidadão Português, 2."* ed., Porto, 1908.

governa». O governo tinha de ser um governo parlamentar, dependente da confiança do parlamento.
Quanto à questão do voto, uma parte dos partidários do parlamentarismo liberal aproximava-se dos constitucionalistas ao defender o critério censitário; outra parte aproximava-se dos radicais, acentuando o momento democrático da igualdade de voto.
A expressão partidária do parlamentarismo liberal português foi *o partido progressista*[30], essencialmente constituído por elementos vindos do setembrismo e do radicalismo vintista.

3. O conservadorismo ou conservantismo

O constitucionalismo racionalista provocou em toda a Europa um contramovimento, adverso às correntes liberais e revolucionárias. No plano constitucional, o pensamento contra-revolucionário desembocou na concepção histórica de constituição ou no constitucionalismo cartista de Restauração. No plano social e político, a contra-revolução defendia o regresso à «ordem tradicional». Quaisquer que sejam as colorações nacionais, o movimento conservador apoia-se nas forças nobiliárquico-feudais, burocracia, igreja, diplomacia, professorado. Em França e em Portugal, o conservadorismo é realista, clerical, feudal e militante. Vejamos quais os seus postulados fundamentais.

a) *Recusa do racionalismo*

No pensamento político e nas questões teológicas rejeita-se o racionalismo. No aspecto político, além de ser ferozmente antili-beral, combate também o absolutismo, na sua forma de josefismo iluminista[31].

[30] Sobre a história do Partido Progressista cfr. Oliveira Martins, *Portugal Contemporâneo,* 8.ª ed., Lisboa, 1977, pp. 278 ss; Trindade Coelho, *Manual Político do Cidadão Português,* Porto, 1906.

[31] Cfr. Reis Torgal, *Tradicionalismo e Contra-revolução,* cit., p. 189: «Os contra-revolucionários mais esclarecidos também criticavam a monarquia anterior à Revolução, e a que teorizavam, pensando na sua reposição, era uma monarquia absoluta sim, mas 'orgânica' e não um absolutismo puro»; Horta Correia, *Liberalismo e Catolicismo,* Coimbra, 1974, p. 75: «O galicanismo e o josefismo vêem com maus olhos as ordens religiosas, como partes de Igreja ligadas ao poder pontifício, que escapam à autoridade episcopal e à lei do Estado.»

b) *Tradicionalismo*
Procura-se a justificação jurídica e política das instituições através do velho e imprescritível direito e das leis fundamentais do reino *(legitimismo e realismo).* «É a Monarquia pura entre todos os Governos o mais perfeito, e o único legítimo, enquanto é o único em que são estabelecidos legalmente e em sua ordem, os direitos e os deveres», dizia-se numa obra destinada a fundamentar os 'legítimos' direitos de D. Miguel» [32].
c) Organicismo
O conservadorismo defende uma monarquia com uma «estrutura orgânica», com preservação das hierarquias sociais, dos estados tradicionais, dos corpos intermediários. A monarquia tradicional assenta numa *«ordem intrínseca»: «a ordem, as hierarquias, a autoridade, a obediência, a família, e o Pai, o Estado, e o Rei»*[33].
d) *Universalismo*
A «ordem natural», a «ordem intrínseca», é uma ordem imanente a todas as nações não subvertidas pelo liberalismo[34]. Daí a teoria da Santa Aliança ao considerar a ordem monárquica da Europa como uma necessidade unitária de defesa da velha «ordem natural». Em Portugal, as forças políticas conservadoras, terminada a guerra civil (onde se tinham colocado ao lado da causa miguelista), começam a aceitar o constitucionalismo conservador da Restauração e filiam-se no partido cartista, embora a mística legitimista e miguelista tenha sido uma constante nas forças nobiliárquico-feudais [35].

[32] O título da obra é *Exame da constituição de D. Pedro e dos Direitos de D. Miguel dedicado aos fiéis Portugueses,* tradução do Francês por J. P. C. B. E, Lisboa, 1829, p. 2.
[33] Cfr. ob. cit. na nota anterior e Reis Torgal, *Tradicionalismo,* cit., p. 268 ss.
[34] Cfr. Húber, *Deutsche Verfassungsgeschichte,* cit., Vol. II, p. 332.
[35] Aliás, nem só os absolutistas e legitimistas apoiaram D. Miguel. Como informa VÍTOR DE SÁ, muitos outros nomes da direita liberal se aliaram ao infante para assegurarem o domínio da ala conservadora do liberalismo: «Quem desde então enfileira, na realidade, ao lado do rei contra as Cortes, a Constituição e as manifestações populares de Lisboa? Precisamente essas altas personalidades que, mais tarde, serão apresentadas como símbolos do liberalismo português: Palmeia, Vila-Flor (Duque da Terceira), Saldanha, Sá da Bandeira...» Cfr. Vítor de Sá, *A Crise do Liberalismo,* cit., p. 71.

E | *O CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO*

I — Visão global dos princípios repubicanos

Ao referirmos o liberalismo radical, assinalámos que um dos tópicos políticos deste radicalismo era a ideia de república. Há mesmo autores que consideram legitimo reconduzir o republicanismo português à corrente esquerdista das Cortes Gerais de 1820 e ao radicalismo setembrista e da Patuleia [36]. Aqui, interessa-nos descortinar, antes de mais, os parâmetros político-constitucionais do republicanismo, tal como veio a ser consagrado na Constituição de 1911.

1. A república democrática

A ideia republicana expressou, desde o início, uma maior adesão ao *elemento democrático* do que aquela que lhe emprestou, durante todo o séc. XIX, o liberalismo monárquico. Todavia, se por república democrática entendermos a *República Social,* de feição declara-damente antiburguesa, tal como a visionavam os «communards» de 1871, é evidente que o que vamos encontrar na arquitectura constitucional de 1911 de modo algum corresponde à dimensão socialista do republicanismo da Comuna. Não obstante a existência de um filão republicano-social, a consciencialização das diferenças entre "socialismo" e "republicanismo" levou a uma clara demarcação dos dois movimentos[37].

[36] Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual,* cit., Vol. II, p. 470; JOEL SERRÃO, *Do Sebastianismo ao Socialismo em Portugal,* Lisboa, 1969, p. 65; OLIVEIRA MARQUES, A *Primeira República Portuguesa,* p. 65. Por último, cfr., CARVALHO HOMEM, A *Ideia Republicana em Portugal. O contributo de Teófilo Braga,* Coimbra, 1988.

[37] O republicanismo foi somente uma «variante da ideologia democrática burguesa, que, entre nós, procurou conciliar os princípios da tradição liberal com a filosofia comteana à qual estava subjacente um organicismo e biologismo, congeni-tamente antidemocráticos». Cfr. FERNANDO CATROGA, *Os inícios do positivismo,* pp. 67 ss.; idem, *O Republicanismo em Portugal,* Vol. I, p. 26. Para uma informação dos conceitos de república democrática agitados na Assembleia Constituinte de 1911, cfr. MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política da República Portuguesa, Comentário,* Coimbra, 1913, p. 9.

a) *Soberania nacional*
A Constituição de 1911 afastou-se deliberadamente das teses rousseaunianas da soberania popular e nem sequer consagrou uma fórmula intermédia semelhante à da constituição republicana francesa de 1848) («a soberania reside na universalidade dos cidadãos franceses»). Aderiu-se ao princípio da *soberania nacional,* retomando as fórmulas das nossas constituições de 1838 e 1822: «a soberania reside essencialmente em a Nação» (art. 5.°).[37a]
b) *Regime representativo*
A Constituição de 1911 não apresenta, a nível nacional, qualquer instituição de democracia directa ou semidirecta [38]. A soberania da Nação manifesta-se através dos representantes eleitos, vincando-se, *expressis verbis,* a independência dos representantes em relação aos eleitores que os elegem: «Os membros do Congresso são representantes da Nação e não dos colégios que os elegem» (art. 7.°, § 1.°). Além disso, consagrou-se claramente o *mandato* livre (art. 15.°: "os Deputados e Senadores são invioláveis pelas opiniões e votos que emitirem no exercício do seu mandato), apesar de algumas posições favoráveis ao mandato imperativo.[38a]
c) Separação de poderes
Contra a concepção do republicanismo jacobino que praticamente concentrava na assembleia os poderes do Estado, a Constituição de 1911 consagra a forma clássica de separação de poderes, considerados «independentes e harmónicos entre si» (art. 6.°).

[37a] Sobre a justificação "republicana" deste princípio cfr. FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo...,* Vol. II, p. 264 ss.

[38] Note-se que as influências municipalistas não deixaram de ter algum impacto sobre este problema. Assim é que TEÓFILO BRAGA, em manifesto eleitoral de 1878, defende o *mandato imperativo* como afirmação suprema da democracia directa. Cfr. JOAQUIM DE CARVALHO, «Formação da Ideologia Republicana», in *História do Regime Republicano,* de Luís DE MONTALVOR, Lisboa, 1930, Vol. I, pp. 163 ss; TEÓFILO BRAGA, *História das Ideias Republicanas em Portugal,* Lisboa, 1880, pp-183 ss. É apenas uma expressão deste filão de democracia através do município a consagração do *referendum* no art. 66.°, n.° 4, da Constituição de 1911.

[38a] Cfr. FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo,* Vol. II, p. 279 ss.

d) *Sufrágio universal*

O sufrágio universal é considerado quase como a *ratio essendi* da República: *«Le suffrage universel est donc la démocratie elle même; La Republique démocratique ou le suffrage universel, une seule le même chose»* (LAMARTINE). Era esta também a posição das alas mais radicais do vintismo e do setembrismo. Não admirará muito que, logo no *Programa do Partido Republicano Português* (1891), nos apareça, na sequência do radicalismo liberal, a defesa do sufrágio universal e da eleição directa das assembleias legislativas [39]. Mas se é certo que nas leis eleitorais da I[8] República desapareceu a base censitária, nem por isso se consagrou a universalidade do sufrágio. A lei fundamental republicana consagrou o «sufrágio directo dos cidadãos eleitores» (art. 8.°), fórmula que foi interpretada no sentido de excluir o sufrágio universal [40]. Continuaram a sofrer de uma verdadeira *capitis deminutio,* no que respeita à capacidade eleitoral activa e passiva, as mulheres e os analfabetos e, em alguma medida, também os militares. Só o Decreto n.° 3.907, de 14 de Março de 1918, representa algum avanço no sentido da universalidade (alargou-se o sufrágio a todos os cidadãos de sexo masculino, maiores de 21 anos), mas esta tentativa será de curta duração, pois o Decreto n.° 5.184, de 1 de Março de 1919, virá logo a seguir, repondo em vigor o Código Eleitoral de 1913.

e) *Bicameralismo paritário*

Também aqui, a exigência do princípio democrático, considerando a representação popular como uma só vontade, expressa por uma só câmara, não encontrou posição concordante nas Constituintes de 1911. A Constituição de 1911 não se afastou dos esquemas da república burguesa francesa de 1875, onde se consagrou o sistema bicameral, destinando-se o Senado a desempenhar o papel conservador que no constitucionalismo monárquico incumbia à Camará dos Pares[41].

[39] No referido programa considerava-se o direito universal de sufrágio como directamente derivado do princípio da igualdade. Na fundamentação do sufrágio universal desempenharam importante papel entre outros, MANUEL EMÍDIO GARCIA e CONSIGLIERI PEDROSO. Cfr. F. CATROGA, *Os inícios do positivismo,* pp. 78 ss.; *O Republicanismo,* Vol. II, p. 281 ss.

[40] Cfr. MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política,* p. 264.

[41] O assunto foi largamente discutido na Assembleia Constituinte, onde o sistema monocameral foi defendido por TEÓFILO BRAGA. E já antes, HENRIQUES

f) *Parlamentarismo monístico e regime parlamentar de assembleia* «
Tal como estavam articulados, os poderes políticos regulados no texto de 1911 vieram a resvalar para uma forma do regime parlamentar que poderemos caracterizar sob um duplo ponto de vista:
(1) *regime monístico* —dado que ao Parlamento é conferido um amplo poder de controlo político sobre o governo, e ao Presidente da República nem sequer era concedido (na redacção inicial) o poder de dissolução das câmaras.
(2) *governo de assembleia* —porque não podendo ser dissolvido antes do termo constitucionalmente pré-fixado, o Congresso era o único órgão que, em teoria, podia condicionar decisivamente as directivas políticas da república democrática.

2. República laica

Se no tocante à estrutura organizatória da República a Constituição de 1911 não fez senão recolher as ideias do liberalismo radical (e nem todas), quanto a outros domínios tentou plasmar positivamente, em alguns artigos, o seu programa político. Um dos pontos desse programa era a defesa de uma república *laica* e democrática. O lai-cismo, produto ainda de uma visão individualista e racionalista, desdobrava-se em vários postulados republicanos: separação do Estado e da Igreja, igualdade de cultos, liberdade de culto, laicização do ensino, manutenção da legislação referente à extinção das ordens religiosas (cfr. art. 3.°, n.os 4 a 12). O programa republicano era um programa racional e progressista: no fundo, tratava-se de consagrar constitucionalmente uma espécie de «pluralismo denominacional»[43] (cfr. Const. 1911, art. 5/3), ou seja, a presença na comunidade, com iguais

NOGUEIRA combatera o regime bicameral, argumentando que se a função legislativa se «divide em duas Câmaras, os inimigos do povo têm onde assentar os seus arraiais». Cfr. JOAQUIM DE CARVALHO, *ob. cit.,* pp. 163 ss,e agora JOSÉ FELIX HENRI-QUES NOGUEIRA, *Obra completa,* Vol. I, edição organizada por A. C. LEAL DE SILVA, Lisboa, 1977, p. 38. Fazendo a *mise aupoint* da discussão do bicameralismo na época da República, cfr. MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política,* p. 235 e, por último, FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo,* Vol. II, p. 268 ss.

[42] Note-se, porém, que nenhum artigo estabelecia este governo de assembleia.

[43] Cfr. TALCOTT PARSONS, *Estrutura y proceso en las sociedades modernas,* Madrid, 1969, p. 337.

direitos formais, de um número indefinido de colectividades religiosas, não estando nenhuma delas tituladas para desfrutar de um apoio estadual positivo. "Igrejas Livres no Estado indiferente", eis o lema avançado por Manuel Emídio Garcia. Relativamente à autoridade política, a religião deixa de ser um tema público para se enquadrar na esfera dos assuntos privados, a não ser quanto à vigilância da própria liberdade religiosa. E não há dúvida que a filosofia liberal se impunha neste sector com uma lógica indesmentível: uma sociedade politicamente democrática, assente no relativismo político, postula também uma sociedade religiosamente liberal, tolerante para com todos os credos, aceites e praticados pelos cidadãos. O equilíbrio religioso originaria como consequência inevitável a secularização da educação, dado que um estado laico não pode tolerar um monopólio de orientação a favor de uma religião ^ (cfr. art. 3.710).

Este programa laicista, embora pretendesse ser "um ideário" global de cariz essencialmente cultural (F. CATROGA), resvalou algumas vezes para um anticlericalismo sectário ao pretender impor-se como um "projecto de hegemonização de uma nova mundividên-cia". Era certo que as forças clericais, quase sempre ao lado das forças legitimistas e nobiliárquico-feudais, estavam agora contra a República, mas um programa laicista não se devia confundir com anticlericalismo[45]. Ao polarizar-se a política religiosa na ideia de

[44] Sobre este ponto cfr. FERNANDO CATROGA, *A importância do positivismo,* p. 314. Para uma cabal e brilhante demonstração do sentido da militância laica e do anticlericalismo cfr. FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo, ciu,* II, p. 268 ss. «Nem contra a religião nem a favor da religião... Nem a favor de Deus nem contra Deus, eis o lema de ensino público segundo a Constituição.» Cfr. MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política,* p. 88.

[45] Neste aspecto, revelou-se mais perspicaz a direita católica. SALAZAR não hesitou em pôr o problema de saber se para salvar a Igreja não seria preferível aceitar a República. E já antes dele, o *Centro Nacional Católico* acentuava no seu programa: «Prescinde das questões de regimes e formas de governo acatando e cooperando com os poderes públicos, como de facto se acham constituídos, em tudo que possa interessar ao bem comum e à defesa das liberdades e princípios religiosos.» Cfr. QUIRINO DE JESUS, *Nacionalismo Português,* Porto, 1932, p. 58. Cfr. também o art. 2.° das *Bases Regulamentares do Centro Católico Português,* de 1919, in BRAGA DA CRUZ, *As Origens da Democracia Cristã e o Salazarismo,* Lisboa, 1980, p. 428. A errada indissociação do ideal democrático da política jacobina foi logo denunciada por ANTÓNIO SÉRGIO, desmascarando o carácter conservador dos cidadãos jacobinos, apostados nas questões institucionais de monarquia ou república, mas desprezando os problemas basilares de organização económica. Cfr. ANTÓNIO SÉRGIO, *Ensaios,* Lisboa, 1971, Vol. I, pp. 60, 32, 225. Cfr., por último, em termos exaustivos, FERNANDO CATROGA, A *Militância Laica e a Descristianização da Morte em Portugal*

deslocação da religião do "espaço público" para o "espaço privado" pretendia-se neutralizar os poderes simbólico, político e cultural do catolicismo, o que favoreceu a aglutinação das forças católicas contra o regime republicano [46]. Estas forças passaram a acusar a República de ser não "a católica" mas "anticatólica".

3. República descentralizada

Um dos credos republicanos, na versão jacobina, era o da «República una e indivisível». O carácter unitário e indivisível da República andava, deste modo, ligado à ideia da soberania popular, à ideia de participação directa dos cidadãos e à ideia do centralismo administrativo. Não admira que os «republicanos representativos» considerassem a República una e indivisível como «uma ditadura permanente, executada em nome da multidão pelos chefes da sua escolha», e defendessem, como forma de organização da República, a «federação democrática», a «república democrática federativa» [47]. Insistia-se, também, na necessidade de revitalização de uma perspectiva municipalista, «criando tantos centros da autoridade local quantos forem os centros naturais da vida»[48]. Saliente-se que o *republicanismo federativo* era também uma manifestação da corrente republicano-socialista que, veiculando a ideologia proudhoniana, aliava o republicanismo ao reformismo social[49].

(1965-1911), vol. I, Coimbra 1988, p. 489 ss; VÍTOR NETO, "A Questão Religiosa na 1." República. A Questão dos Padres Pensionistas", in *O Sagrado* e o *Profano,* Revista da História das Ideias, 9, (1988); CARVALHO HOMEM, "Algumas notas sobre o positivismo religioso e social", in *O Sagrado* e *o Profano, 9.*

[46] O anticlericalismo assentava, no plano da filosofia da história, no agnosti-cismo positivista. Cfr. FERNANDO CATROGA,A *importância do positivismo,* p. 310 ss.; *O Republicanismo,* Vol. II, p. 324 ss.

[47] Cfr. ANTERO DE QUENTAL, *Prosas,* Vol. III, pp. 196-202. Este texto pode ver-se na colectânea de JOEL SERRÀO, *Antologia,* cit., p. 55. No mesmo sentido de ANTERO, escrevia um outro adepto do ideal republicano CARRILHO VIDEIRA: «Nenhuma República unitária tem subsistido até hoje, senão periodicamente, pelo terror, terminando sempre pela ditadura». «Quisera, por último que Portugal, como povo pequeno e oprimido, procurasse na *Federação,* com os outros povos peninsulares a forma, a importância e a verdadeira independência que lhes faltam na sua tão escarnecida nacionalidade.» Cfr. JOAQUIM DE CARVALHO, cit., pp. 163 ss; JOEL SERRÃO, *Antologia,* cit., p. 302; HENRIQUES NOGUEIRA, *Obra Completa,* cit., pp. 23 e 161.

[48] ANTERO DE QUENTAL, *Prosas,* cit., p. 196-202; JOEL SERRÀO, *Antologia,* cit., p. 307.

[49] HENRIQUES NOGUEIRA foi um dos primeiros expoentes desta ideia de república social que contrapunha ao racionalismo individualista e ao liberalismo burguês

A Constituição de 1911 consagrou o carácter unitário da República, mas estabeleceu as bases a que havia de obedecer a organização da vida local. Proibiu-se, designadamente, a ingerência do executivo nos corpos administrativos, legitimou-se o exercício do *referendum* local, e impôs-se a representação das minorias nos corpos administrativos (cfr. art. 66.°). Ao proclamar-se a «Nação Portuguesa organizada em Estado Unitário» (art. 1.°) entendia-se que Portugal era «um dos países em que havia mais unidade social[50] e política, devendo por isso a sua república ser unitária». A própria rejeição pela Constituinte da fórmula "República Democrática" a favor de "Estado Unitário" radicou na necessidade de negar acolhimento à ideia federalista[50a].
A Constituição de 1911 é uma constituição liberal sob o ponto de vista da constituição económica. Nela não se divisam normas con-sagradoras dos chamados direitos sociais, nem se traçam directivas quanto à intervenção do Estado. Isto é tanto mais de acentuar quanto é certo existir no republicanismo uma corrente que, desde Antero e Henriques Nogueira, não compreendia que «houvesse república verdadeira fora do socialismo» ou que «fora da república pudesse o socialismo realizar-se completamente». Acresce que, na altura, os problemas do «socialismo de estado», do «intervencionismo do estado», da «constituição económica mista», da «revolução social», colocavam já o Estado perante indeclináveis tarefas de conformação social, a realizar não apenas ao nível da administração mas no plano mais elevado da constituição. O triunfo da república burguesa em França (depois da experiência das comunas de 1848 e 1871), com o consequente triunfo da *ala republicana oportunista* de Gambetta, e o termo da república espanhola, influenciaram decisivamente [51] o movimento republicano português que, embora aberto a certas manifestações reformistas ou laborais (movimento associacionista, cooperativas, previdência), não conseguiu suplantar uma visão liberal da sociedade e do estado logo no momento constituinte da República. A influência do *positivismo social* sobre alguns dos principais representantes do republicanismo actuaria igualmente num sentido limitadamente

da Carta. Cfr. Joel Serrào, *Do Sebastianismo,* cit., p. 72; Fernando Catroga, *Os inícios do positivismo em Portugal,* Coimbra, 1977, p. 397.; *O Republicanismo,* Vol. II, p. 276.

[50] Cfr. Marnoco e Sousa, *Constituição Política,* p. 23.

[50a] Cfr. Fernando Catroga, *O Republicanismo,* Vol. II, p. 276.

[51] Estas influências são postas em relevo por Teófilo Braga, *História,* cit., pp. 145 ss.; por último, cfr. Fernando Catroga, *O Republicanismo,* Vol. II, p. 371 ss.

intervencionista, pois ao exaltar romanticamente a ciência como base de uma nova ordem social e religiosa unitária, o positivismo social julgava ter uma solução para cada problema. A solução para o problema social estaria, como opinava Gambetta, «na aliança do proletariado com a burguesia» [52]. Não obstante a inexistência de normas constitucionais sociais, seria menos correcto acusar o republicanismo de total insensibilidade perante a "questão social".

4. Suporte social

Basílio Teles referiu que no republicanismo «todas as energias e valores sociais figuravam no partido nascente; havia escritores, professores, advogados, militares de graduação, proprietários, comerciantes, industriais, operários, representando pensamento, riqueza e trabalho»[53]. Os republicanos não constituíam uma classe, unida por

[52] Um dos autores mais profundamente influenciados entre nós pelo positivismo foi TEÓFILO BRAGA. Vejam-se estas palavras, de sabor gambettiano, dirigidas contra a «indisciplina dos metafísicos, socialistas e internacionalistas»: «Acima das questões do salário e das horas de trabalho, e do domínio dos instrumentos de transformação, está o problema do individualismo, que tem de fazer-se reconhecer e modificar assim a organização do Estado; é esta a compensação positiva da justa exigência do proletariado, e por isso, o termo socialismo é exageradamente amplo para designar os conflitos da esfera industrial como querem os alucinadores, os sectários, que o desacreditaram aplicando-o às suas hipóteses metafísicas. O nome científico do problema, como ele está posto, seria o *Associacionismo».* Sobre a influência do positivismo noutra grande figura do republicanismo, José Falcão, veja--se FERNANDO CATROGA, *José Falcão, Um Lente Republicano,* Coimbra, 1976, p. 26. A doutrina do associacionismo, tal como era concebida pelos republicanos, pode ver--se em COSTA GOODOLPHIM, *A Associação,* prefácio de CÉSAR OLIVEIRA, Lisboa, 1974. A influência da Comuna de Paris no movimento republicano pode ver-se em ANA MARIA ALVES, *Portugal e a Comuna de Paris,* Lisboa, 1971, p. 129. A frase de Gambetta, referida no texto, colhemo-la em GEORGES WEIL, *Histoire du Mouvement Social en France,* Paris, reimpressão de 1973, p. 250. Para melhor esclarecimento sobre a influência do positivismo na ideologia republicana cfr. F. CATROGA, Os *inícios do positivismo,* cit., pp. 44 ss; *A importância do positivismo na consolidação da ideologia republicana em Portugal,* Coimbra, 1977.

[53] Apud JOEL SERRÃO, *Do Sebastianismo,* cit., p. 83. A estrutura social do tempo da República é estudada agora com abundante documentação por OLIVEIRA MARQUES, *História da 1." República Portuguesa,* Lisboa, 1977, pp. 307 ss. Alguns dados sobre a luta de classes na 1." República podem ver-se em CÉSAR OLIVEIRA, *O Operariado e a República Democrática,* Lisboa, 1974. Uma análise recente da sociedade e economia durante o período republicano ver-se-á em FERNANDO MEDEIROS, *A Sociedade e a Economia nas origens do Salazarismo,* Lisboa, 1978, e em

grandes interesses comuns e separada das outras por condições particulares. Começaram como "partido de quadros" dirigido por intelectuais e funcionários com um projecto "socialmente heterogéneo" adequado a uma dimensão interclassista e popular e a uma estratégia política integradora. Daí polissemia do seu discruso e o interclassismo do seu projecto (F. CATROGA), mas também a relativa ambiguidade político-constitucional e a vida difícil que as instituições tiveram no período de 1910-1926.

II — A estrutura da Constituição de 1911

1. A declaração de direitos

A Constituição de 1911 é o expoente e o coroamento do liberalismo democrático português. Isso mesmo se verifica no *catálogo dos direitos fundamentais* (condensados principalmente no art. 3.°), de claro sentido individualista, mas no qual se garantem as mais importantes liberdades públicas dos cidadãos.[53a]
A fórmula-síntese é ainda a da Constituição de 1822. Tal como no texto vintista, garante-se, no documento republicano, a «inviolabilidade de direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade» (art. 3.°). Como expressões do *«apport»* republicano para o constitucionalismo democrático devem salientar-se alguns pontos.

1 — *Proibição da pena de morte.* Tendo o Acto Adicional de 1892 abolido a pena de morte para crimes políticos (art. 16.°), regime que foi alargado pela lei de 1 de Julho aos crimes civis, e tendo o

M. VILAVERDE CABRAL, *Portugal na Alvorada do século XX,* Lisboa, 1979, sobretudo, pp. 371 ss. Cfr. também M. ALPERN PEREIRA, «A 1.' República: projectos e realizações», in *Política e Economia em Portugal nos sécs. XIX e XX,* Lisboa, 1979, pp. 121 ss. FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo,* Vol. I, p. 104 ss., oferece elementos para a compreensão da base social de apoio do republicanismo, sobretudo do chamado "caixeirismo jacobino".

[53a] Deve notar-se que o republicanismo, não obstante a adesão a ideias de evo-lucionismo historicista, não rejeitou a herança jusnaturalista e jusracionalista das grandes declarações de direitos. A liberdade dos republicanos é uma liberdade dos modernos com fortes dimensões intersubjectivas e não uma "liberdade dos antigos" cosmologicamente situada. Cfr. o nosso artigo "O círculo e a linha" "liberdade dos antigos" a "liberdade dos modernos" na teoria republicana dos direitos fundamentais", in *Revista da História das Ideias,* Vol. 9, III, 1987, p. 733 ss. Por último, em termos claros, F. CATROGA, *O Republicanismo,* Vol. II, p. 225 ss.

Decreto de 16 de Março de 1911 estendido a mesma abolição aos crimes militares, a Constituição de 1911 limitou-se a consolidar as aquisições progressivas do nosso ordenamento jurídico e a prescrever que «Em nenhum caso poderá ser estabelecida a pena de morte» (art.
3.7 22).
2 — *Garantia de «habeas corpus».* Desconhecida pelos instrumentos constitucionais monárquicos e introduzida no texto republicano por influência da Constituição brasileira de 1891 (art. 72.°/22), a garantia de *habeas corpus* é um importante meio de defesa da liberdade dos cidadãos. Através de recurso sumário garante-se ao cidadão a possibilidade de reagir, mantendo ou recuperando a liberdade, ilegal ou abusivamente ameaçada pelo poder.
3 — *Consagração da liberdade de religião e culto,* nas suas várias dimensões (art. 3.°, n.os 4-10). As constituições monárquicas haviam permanecido fiéis à fórmula de consagração de uma «religião oficial»; o documento republicano extrai do princípio constitucional inovador da liberdade de consciência e de crença a «igualdade política e civil de todos os cultos» (art. 3.75).
4 — Garantia dos direitos não apenas contra os abusos do poder executivo mas também contra o poder legislativo através do instituto do *controlo judicial da constitucionalidade das leis* (cfr. art. 63.°).
5 — Finalmente, registe-se a consagração de *direitos fundamentais fora da constituição formal.* Não esquecendo que os grandes textos republicanos franceses garantidores da liberdade eram, além da Declaração de Direitos, leis ordinárias votadas durante a 3.ª República, o legislador constituinte registou uma fórmula que lembra os problemas suscitados pelo art. 17.° da Constituição de 1976, na sua redacção primitiva: «A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consignam ou constam doutras leis» (cfr. art. 4.°).
Os direitos sociais, económicos e culturais têm um lugar mais que modesto no documento republicano não obstante o impulso humanista do ideário republicano e do "estatuto ideorealista" que ele assinalava aos valores essenciais do solidarismo. Consagra-se a obrigatoriedade e gratuitidade do ensino primário elementar (art. 3.711) e reconhece-se o direito à assistência pública (art. 3.729). Reconheceu--se também a liberdade de trabalho (art. 3.726), mas apenas como consequência do princípio da liberdade individual: O direito à greve, embora reconhecido logo em 1910 (Decreto de 6 de Dezembro) pelo

regime republicano, foi rejeitado pela Assembleia Constituinte com o argumento de que «na Constituição deveria figurar o que era verdadeiramente constitucional e, em matéria de direitos, o que aproveitasse a todos e não somente a determinadas classes» (MARNOCO E SOUSA).

A ideia do direito de greve como simples manifestação da liberdade do trabalho ou como um «estado de guerra que resulta das circunstâncias e dos factos que se não pode aconselhar» (AFONSO COSTA) explicará muitas das incompreensões do regime republicano perante o movimento operário. Cfr., por ex., CÉSAR DE OLIVEIRA, *O Operariado e a República Democrática,* 2.ª ed., Lisboa, 1974; FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo,* Vol. II, p. 316.

2. A estrutura organizatória do poder político

O princípio fundamental é o da divisão tripartida dos poderes — legislativo, executivo e judicial — considerados «independentes e harmónicos entre si» (art. 6.°). A independência é funcionalmente determinada, embora neste aspecto a constituição republicana não seja tão clara como as constituições de 1822 (art. 30.°) e de 1838 (art. 35.°). Conclui-se, porém, e a doutrina assim o entendeu, que se visava fundamentalmente uma independência funcional (o «legislativo é independente quando legisla, o executivo quando administra, o judicial quando julga»).

a) *Os órgãos legislativos*

O Congresso —assim se chamava o Parlamento da I.ª República, sob a influência das teorias constitucionais americana e brasileira — era formado por duas câmaras — a *Câmara dos Deputados* e o *Senado* (cfr. art. 7.°). Eleitas por sufrágio directo (art. 8.°), e com competência legislativa tendencialmente igual, distinguem-se quanto à composição, duração de mandato e competência privativa: a Câmara dos Deputados era composta por representantes eleitos trienalmente pelos vários círculos eleitorais, e a ela era atribuída competência privativa quanto à iniciativa em matéria de impostos, organização militar, discussão de propostas do poder executivo, revisão da constituição, crimes de responsabilidade, prorrogação e adiamento da sessão legislativa (art. 23.°); o Senado era constituído por representantes dos distritos do continente e das ilhas (3 por cada) e das províncias ultramarinas (1), eleitos por seis anos (com renovação de metade dos seus membros na altura de eleição de deputados, isto é, de três em três

anos) e a ele era atribuída competência privativa quanto à aprovação ou rejeição das propostas de nomeação dos governadores e comissários da República para as províncias do Ultramar (art. 25.°).
Ao Congresso, que reunia durante quatro meses ao ano, podendo a sessão ser prorrogada ou adiada por deliberação própria das duas Câmaras em sessão conjunta (art. 11.°), competiam essencialmente: (1) funções legislativas; (2) funções financeiras; (3) funções eleitorais, designadamente a eleição do Presidente da República; (4) funções de controlo político do Governo, além de outras funções como fixação dos limites do território, autorização da declaração de guerra, declaração do estado de sítio e revisão da constituição (art. 26.°).
b) *O Presidente da República*
Embora nas Constituintes de 1911 tivesse havido uma forte corrente contra a existência de um Presidente da República — «instituição desarmónica com a natureza do regime democrático», «título sem poder real», «simulacro coroado», «dignidade sem autoridade» «caminho directo para a ditadura e para a tirania» — reconheceu-se a necessidade de, na estrutura do poder político, haver um elemento «coordenador». Esta «desconfiança» da «Presidência» não podia deixar de conduzir à definição do estatuto presidencial em termos puramente representativos.
Representante da Nação nas relações gerais do Estado tanto internas como externas (art. 37.°), ao Presidente da República não foi reconhecido (na redacção inicial da Lei Fundamental de 1911) nem o direito de veto das leis nem o direito de dissolução do Parlamento.
A sua posição constitucional como chefe do executivo era também ambígua: a Constituição limitava-se a afirmar que «O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e pelos Ministros» (art. 36.°), mas não se afirmava expressamente que ele era o chefe do executivo. Todavia, dos arts. 47.° e 48.°, referentes às atribuições do Presidente, era possível deduzir-se que a ele competiam atribuições do poder executivo, embora exercidas por intermédio dos ministros.
Com um mandato de quatro anos e sem possibilidade de reeleição no quadriénio imediato (art. 42.°), o Presidente da República era eleito pelo sistema que se viria a considerar como pertencendo à própria *ratio essendi* dos regimes parlamentares: escolha pelas câmaras em sessão conjunta. Exigia-se uma maioria qualificada de 2/3 nas duas primeiras votações e se nenhum dos candidatos obtivesse maioria, a eleição continuaria na terceira votação apenas entre os dois

mais votados, sendo finalmente eleito o que tivesse maior número de votos (art. 36.71).

Este sistema que teve como fonte o art. *2°* da Lei constitucional francesa, de 25 de Fevereiro de 1875, e os arts. 43.° e ss da Constituição brasileira de 1891, foi um dos pontos nevrálgicos do regime republicano. A dependência do Presidente da República perante o Congresso, quer porque era por ele eleito quer porque era o chefe do executivo, conduziu, como reacção, à defesa de um sistema presidencialista, que, aliás, tinha sido o consagrado no projecto primitivo apresentado à Assembleia Constituinte de 1911. A eleição do Presidente da República por sufrágio directo veio a ser introduzida pela *reforma ditatorial de 1918* (Decreto n.° 3.997, de 30 de Maio de 1918) e permitiu a escolha de Sidónio Pais para a presidência. Com o assassinato deste, a Lei n.° 833, de 16 de Dezembro de 1918, declarou em pleno vigor a Constituição de 1911, até à sua revisão nos termos constitucionais. Outra das críticas dirigidas ao sistema dirigia se não tanto contra o sistema de eleição pelo Congresso e contra o regime parlamentar, mas contra a prática de um governo monista de Assembleia, dado que o presidente não tinha o direito de dissolução das Câmaras. Daí que na *Revisão de 1919-1921* o Congresso tenha atribuído ao Presidente da República competência para «dissolver as câmaras legislativas, quando assim o exigem os interesses da Pátria e da República, mediante prévia consulta do Conselho Parlamentar» (Lei n.° 891, de 22 de Setembro de 1919).

c) O Ministério

A lei básica da I.ª República não estabelecia, *expressis verbis,* a organização ministerial de *gabinete,* mas ao determinar que entre os ministros haveria um nomeado pelo Presidente que seria o Presidente do Ministério, responsável não só pelos negócios da sua pasta, mas também pelos de política geral (art. 53.°), estava-se a consagrar um regime de gabinete.

O *gabinete* é considerado na doutrina constitucional e na teoria do governo parlamentar como «unidade política»: (1) que assume constitucional-mente a responsabilidade dos actos do chefe do Estado; (2) que é dirigido por um «primeiro-ministro» ou «presidente de ministério»; (3) que impõe a responsabilidade solidária de todos os ministros com a direcção geral do governo.

A dúvida só poderia subsistir quanto à exigência da responsabilidade solidária, porque nos restantes aspectos (existência de um presidente do ministério, responsabilidade política perante as câmaras, referenda dos actos do chefe do Estado) estavam preenchidos os requisitos do regime de gabinete. A responsabilidade solidária existiria, no entender da doutrina, pelo menos quanto aos *actos de política geral.* Se assim não se entendesse, e se se considerasse haver tão-

-somente *responsabilidade ministerial individual,* o facto de o Presidente do Ministério responder não só pelo negócios da sua pasta mas também pelos da política geral, conduzia, nos seus resultados práticos, a soluções próximas das da responsabilidade solidária.

Impunha também o texto republicano que todos os actos do Presidente da República deveriam ser referendados, pelo menos, pelo ministro competente (art. 49.°). A referenda (assinatura pelo ministro dos actos emanados do chefe do Estado) resultava da irresponsabilidade política do Presidente da República pela actuação dos membros do executivo.

A Constituição de 1911 não fazia qualquer excepção quanto à exigência de referenda, mas teria de deduzir-se logicamente que não carecia de referência a nomeação de um novo Presidente do Ministério, pois um «premier» não podia assumir a responsabilidade pela nomeação do sucessor. A questão foi expressamente resolvida na revisão de 1919-21 que veio dispensar a referenda ministerial para a nomeação do Presidente do Ministério de um novo governo.

d) *A f iscalização judicial da constitucionalidade das leis*

O controlo político da constitucionalidade e da legalidade continua a pertencer, de acordo com a tradição francesa e na senda do nosso constitucionalismo monárquico, ao órgão representativo — o Congresso (art. 26.°/2). Ao controlo político acresce, pela primeira vez, a fiscalização pelos tribunais da constitucionalidade das leis (art. 63.°). Isto significava que, não obstante se ter consagrado a prevalência do Congresso e se ter afirmado a «superioridade da função legislativa», o poder legislativo ordinário só podia elaoorar leis nos limites de constituição e só estas podiam ser aplicadas pelo poder judicial.

Oriunda do sistema americano, a ideia de *judicial review* impor-se-á em Portugal como «própria do regime republicano». Afonso Costa demonstraria que o juiz, ao julgar, tem de apurar o direito aplicável e para apurar o direito aplicável não mais pode deixar de apreciar a constitucionalidade das leis. O poder judicial de fiscalização da inconstitucionalidade transitará (com algumas modificações) para a Constituição de 1933 e para a Constituição de 1976.

c) *Descentralização administrativa*

De acordo com os princípios republicanos e em consonância com uma tradição constitucional defensora da revitalização e descentralização local, o documento constitucional de 1911 reagiu contra a centralização administrativa (de que era última expressão o Código

Administrativo de 1896), consagrando importantes princípios: (1) proibição da ingerência do poder executivo na vida dos corpos administrativos (art. 66.71); (2) anulação contenciosa dos actos ilegais dos corpos administrativos (art. 66.72); (3) distinção dos poderes municipais em deliberativo e executivo (art. 66.73); (4) representação das minorias (art. 66.75); (5) consagração do *referendum* (art. 66.74); (6) autonomia financeira de corpos administrativos (art. 66.76).

III — As características dominantes do regime republicano e as deformações político-institucionais[54]

1. O parlamentarismo absoluto

Como já se disse, o regime da 1." República foi caracterizado pela existência de um «parlamentarismo absoluto», ou seja, um regime em que o Parlamento é «dono» da vida política, dominando por completo o executivo (CARRÉ DE MALBERG). Não existe possibilidade de dissolução das câmaras pelo chefe do Estado e a responsabilidade ministerial solidária é, muitas vezes, teórica. Só se distinguia do regime puro de assembleia porque havia um Presidente da República, distinto do Ministério. Os defeitos do parlamentarismo monista foram contemplados na Revisão de 1919-1921, mas o pluralismo partidário havia de conduzir a muitos dos mesmos impasses da l.ª fase do regime republicano.

2. A instabilidade governamental

Uma das deformações institucionais mais salientes do regime foi a instabilidade governamental. Esta instabilidade era provocada não só pela maneira fácil como se punha em jogo a responsabilidade política do executivo (o gabinete tomava o hábito de se demitir quando era colocado em minoria por uma das câmaras, em qualquer momento, não interessando que o motivo fosse o debate orçamental, a discussão de um projecto de lei, uma interpelação ou até a colocação de um assunto na ordem do dia), mas também pela competição e

[54] Cfr., por último, MARCELO REBELO DE SOUSA, OS *Partidos Políticos,* cit. pp. 174 ss.

indisciplina partidária que obrigava a coligações, por vezes ocasionais e efémeras.
Em vez de reforçarem a «concentração republicana», os partidos em minoria consideravam sistematicamente o «gabinete» como um inimigo e um suspeito, entrando em «revoluções», «coligações» ou «alianças» para obterem a maioria. O partido dominante (no caso português, o Partido Democrático) acaba por cair na táctica do «trans-formismo» (os ministros entram em arranjos ministeriais sucessivos), de acordo com as «combinações ministeriais» feitas nas câmaras (sobretudo nas Câmaras dos Deputados).

3. O «apagamento» do Presidente da República

Escolhido pelas Câmaras e desprovido de instrumentos eficazes de moderação (ex.: o poder de dissolução), o Presidente da República não estava em condições de exercer a função presidencial na linha de tradição dualista. A tentativa de governos extrapartidários (ex.: governo de Pimenta de Castro, nomeado por Manuel de Arriaga em 1915) demonstrou logo que, também no regime parlamentar republicano português, o Presidente da República estava sujeito ao sistema de «revogabilidade indirecta» (Arriaga demitiu-se do cargo depois do movimento de 14 de Maio contra a ditadura de Pimenta de Castro).

4. O **multipartidarismo competitivo e desorganizado**

Al.[1] República teve como elemento político-estruturalmente caracterizador um pluralismo partidário, bastante agressivo no plano verbal, tendencialmente competitivo e desorganizado [55].

Não é possível aqui fazer uma análise ou até mesmo uma descrição do fenómeno partidário da 1." República. Far-se-á, em primeiro lugar, uma menção dos partidos republicanos dominantes do regime: (1) *Partido Democrático,* herdeiro do Partido Republicano Português (PRP), ideologicamente de centro-

[55] Desorganizado quanto à disciplina parlamentar e partidária e desorganizado quanto a acordos de coligação como o demonstra a instabilidade governamental permanente, não obstante o «papel liderante» e a boa estrutura organizatória do Partido Democrático. Cfr., porém, M. Rebelo de Sousa, *Os Partidos Políticos,* cit, p. 172; Kathleen Schwartzmann, «Contributo para a sistematização dum aparente caos político: caso da Primeira República Portuguesa», in *Análise Social,* Vol. XVII (1981), pp. 53 ss.

esquerda, dotado de boa estrutura organizatório-territorial, e que teve como principais chefes, durante o regime republicano, Afonso Costa (1911-1917) e António Maria da Silva (1919 em diante); (2) *Partido Republicano Evolu-cionisla* (os «evolucionistas)», proveniente do desmembramento do Partido Republicano, ideologicamente conservador, e que teve como chefe principal desde a sua fundação, em 1912, António José de Almeida; (3) *União Republicana* (os «unionistas»), tal como o anterior oriundo da ala conservadora, dirigido por Brito Camacho (a ele pertencia Sidónio Pais); (4) *Partido Reformista,* de Machado dos Santos.

A tendência desagregadora do multipartidarismo republicano revela-se sobretudo nas frequentes «cisões», «fusões» e «uniões»: *Partido Centrista,* de Egas Moniz, saído, em 1916, dos evolucionistas; *Partido Nacional Republicano,* formado por centristas e dezembristas (movimento que derrubou em Dezembro de 1917 o governo de Afonso Costa) e apoiante de Sidónio Pais; *Partido Republicano Liberal* (fusão de evolucionistas e unionistas em 1919); *Partido Popular,* dirigido por Júlio Martins, formado por deputados e senadores evolucionistas que não entraram no Partido Liberal; *Partido Reconstituinte,* resultante de uma cisão do Partido Democrático em 1920, de elementos do Partido Popular e de «outubristas» (participantes no movimento de 19 de Outu-bro de 1921); *Partido Nacionalista,* fusão de liberais e constituintes, em 1923; *Esquerda Democrática,* autonomização da ala esquerda do Partido Democrático, em 1925, chefiada por José Domingues dos Santos; *União Liberal Republicana,* cisão do Partido Nacionalista, em 1926, dos partidários de Cunha Leal.

Além destes partidos, havia o leque partidário dos partidos «extra-sistema» e «contra-sistema»: *Partido Socialista,* fundado em 1875; *Partido Comunista,* fundado em 1921, com base na *Federação Marximalista Portuguesa,* aparecida em 1919; *Anarquistas,* associados aos movimentos operários, nos finais do séc. XIX; *Monárquicos,* divididos entre *integralistas, Causa Monárquica* (monárquicos ortodoxos), *Acção Realista Portuguesa* (próximo do programa integralista) e *Partido Legitimista* (adeptos da candidatura do príncipe D. Miguel). Como grupos de iniluência devem salientar-se o grupo *Seara Nova, o Centro Académico da Democracia Cristã) (C. A. D C),* restaurado em 1912 por Salazar e pelo futuro Cardeal Cerejeira; o *Centro Católico Português* (fundado em 1917), e a *Maçonaria.* Vide, sobre isto, Oliveira Marques, *A Primeira República Portuguesa,* pp. 65 ss; *Guia de História da 1." República Portuguesa,* Lisboa, 1981, pp. 115 ss.

5. A «realidade» das forças colectivas

Nos últimos anos da Monarquia e durante ai.[1] República, o movimento operário, o sindicalismo e a ideologia socialista começam a ganhar uma estrutura ideológica e organizativa mais definida. Entram na acção política, organizam congressos, criam órgãos de imprensa e definem programas que progressivamente vão estar em conflito com a proposta económico-social republicana. Neste contexto

se deve interpretar o aparecimento, em 1914, da *União Operária Nacional,* que daria origem, em 1919, à *Confederação Geral do Trabalho (C.G.T.).*
A organização operária respondeu a «direita» portuguesa com uma tentativa de partido classista: a *União de Interesses Económicos,* fundada em 1924, por industriais, financeiros, grandes comerciantes, proprietários rurais, para a defesa do sistema capitalista.

6. A recepção constitucional dos partidos políticos

A realidade constitucional republicana de partidarismo hipertrofiado contrastava com a ausência, a nível constitucional formal, de qualquer incorporação jurídica da realidade partidária. A primeira manifestação de formalização constitucional de partidos verificar-se-á apenas em 1919 com a criação do *Conselho Parlamentar* (Lei de Revisão Constitucional n.° 891, de 22/9/1919), composto inicialmente por 18 membros eleitos pelo Congresso e «representativos das diversas correntes de opinião dotadas de representação parlamentar», e, a partir de 1921, nomeados directamente pelos partidos políticos e comunicados ao Presidente da Mesa do Congresso.

F I *O CONSTITUCIONALISMO CORPORATIVO*

I — A ideologia constitucional do «Estado Novo»

Com a Constituição de 1933 institucionalizava-se em Portugal um regime politico-constitucional marcadamente autoritário [56]. Registaremos aqui algumas das ideias fundamentais inspiradoras do Estado Novo e a forma como elas vieram a ser plasmadas no documento constitucional de 1933.

[56] Como recorda M. Rebelo de Sousa, *Os Partidos Políticos,* cit., o qualificativo «antidemocrático e antiliberal, autoritário e intervencionista» pertence a Oliveira Salazar *(Discursos e Notas Políticas,* Vol. III, Coimbra, 1943, p. 236). Cfr. também Manuel Braga da Cruz "A Revolução Nacional de 1926: da Ditadura Militar à Formação do Estado Novo", in Carvalho Homem, (coord), *Revoltas e Revoluções,* Vol. 2, cit., p. 347 ss.

1. A ideia hierárquico-corporativa de Estado

Subjacente à Constituição de 1933 estava uma filosofia política que aspirava à fundamentação de uma política reestruturante da sociedade, capaz de superar o Estado atomista da Revolução Francesa e o liberalismo bem como o parlamentarismo e o partidarismo. Já a con-tra-revolução, através dos expoentes doutrinários do tradicionalismo e da Restauração, tinha censurado o processo artificial da constituição racionalista, os esquemas inorgânicos da selecção dos chefes pelos partidos políticos, o sistema representativo assente em critérios individualistas, exclusivamente político (cfr. *supra,* Parte III, C, I). Ideias semelhantes vêm a ser defendidas pelos doutrinadores da *Action Française* e do *Integralismo Lusitano*[51].

A constituição política não podia nem devia romper o tecido orgânico da constituição social. Pelo contrário: devia reconhecer os grupos intermediários entre o indivíduo e o Estado, como a família, os organismos corporativos, as autarquias locais e a Igreja. Neste sentido, o art. 5.° proclamava o Estado português como uma *república corporativa,* baseada na interferência de todos os *elementos estruturais da Nação* na vida administrativa e na feitura das leis. Coerentemente, instituía-se uma Câmara Corporativa, onde estavam, directa ou indirectamente, representados os referidos elementos estruturais. Esta representação orgânica foi considerada por SALAZAR como «uma expressão mais fiel do que qualquer outra do sistema representativo» [58]. Todavia, a evolução do sistema não comprovou, na prática, a força desta representação. A Câmara Corporativa limitou-se a dar pareceres sobre as propostas ou projectos de lei que fossem presentes à Assembleia Nacional e, a partir de 1959, data em que a eleição do Chefe do Estado começou a fazer-se por intermédio de um colégio eleitoral, passou também a participar na eleição do Presidente da República. Desde o início, esteve também patente a ambiguidade política do Estado corporativa: quem é que representa o primado político no Estado corporativo? Suprimida a liberdade sindical, a liberdade partidária, a autonomia local, fácil é ver-se que a ideia gremial não se compatibilizava com uma estrutura democrática e daí a

[57] E pelo *«centrismo católico».* Sobre a influência do movimento católico nas origens do Salazarismo cfr. BRAGA DA CRUZ, As *Origens da Democracia Cristã,* pp. 351 ss.

[58] Cfr. OLIVEIRA SALAZAR, *Discursos,* Vol. I, Coimbra, 1935, p. 87.

transformação da ideia corporativa na sua contrária: uma ditadura inorgânica, centralista e sem continuidade orgânica[59].

2. A ideia de Estado forte

Perante as debilidades assacadas ao Estado democrático da I.ª República, a Constituição de 1933 procurou instituir um mecanismo constitucional capaz de furtar o regime à instabilidade governativa. O *Estado forte* traduzia-se, antes de mais, num *executivo forte,* independente do órgão legislativo. Traduzia-se, em segundo lugar, num *legislativo* não partidariamente dividido, limitado à formulação das bases gerais dos regimes jurídicos e à ratificação dos decretos-leis do governo. Traduzia-se, em terceiro lugar, na existência de um Chefe de Estado, eleito directamente pela Nação, que só perante ela respondia, e ao qual competia nomear ou demitir livremente o Presidente do Conselho de Ministros. Esta estrutura política, corolário lógico do antipar-lamentarismo e o antipartidarismo[60] do Estado Novo, tinha elementos suficientes para evoluir ou para um *sistema presidencialista* ou para um *regime de Primeiro-Ministro* ou de *Chanceler.* A «praxis política» evoluiu no segundo sentido, tendo MARCELLO CAETANO considerado existir entre nós um *presidencialismo do primeiro-ministro* [61]. De um modo geral, o executivo tornou-se o fulcro do poder político e, começando por ter o poder de executar as leis, acaba por ser investido do poder de emanar normas jurídicas primárias, tal como a Assembleia Nacional (revisão de 1945). Daqui se conclui que o regime, ao evoluir para um presidencialismo de primeiro-ministro, concentrou no executivo funções presidenciais e legislativas (além das tarefas próprias do Governo) possibilitadoras da estruturação de um poder político autoritário. E certo que, aparentemente, se consagrou a divisão dos poderes, seguindo-se a opinião de um dos inspiradores do documento [62]. «Vista

[59] Cfr. H. HELLER, *Europa y elfascismo,* Madrid, 1931, p. 37.

[60] Cfr. OLIVEIRA SALAZAR, *Discursos,* Vol. I, p. 376.

[61] Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual,* cit., Vol. II, p. 573. Vide, porém, a análise de JORGE CAMPINOS, *O Presidencialismo do Estado Novo,* Lisboa, 1978, pp-37 e 139, centrada na distinção entre *fachada jurídica* — o presidencialismo constitucional do Presidente da República — e *realidade política* — o presidencialismo funcional do Presidente do Conselho.

[62] Cfr. QUIRINO DE JESUS, *Nacionalismo Português,* cit., p. 77. Dizemos que a Constituição de 1933 só aparentemente consagrou a divisão dos poderes porque, na realidade, ela não fala em poderes mas em órgãos de soberania (cfr. art. 71.°). Cfr. também MARCELLO CAETANO, *As Minhas memórias de Salazar,* Lisboa, 1977, p. 44 ss.

,com tal isenção, a feitura da Constituição deve transferir da actual quase todas as disposições do liberalismo depurado e estritamente político. São elas, em primeiro lugar, depois de melhoradas, as que dizem respeito à divisão e concordância dos poderes, ao Chefe do Estado, ao Governo e ao Parlamento, com as modificações indispensáveis». Estas «modificações indispensáveis» à purificação dos esquemas liberais transformaram-se em instrumentos do autoritarismo conservador.

3. A **ideia supra-individualista de Nação**

O Estado Corporativo repudiou *ab initio* a recepção total das ideologias nazi-fascistas, procurando uma relativa distanciação em relação aos figurinos totalitários da Europa dos anos 30 [63]. A ambiguidade política das forças conservadoras triunfantes em 1926 e a gra-

[63] SALAZAR teve oportunidade de cotejar a ditadura portuguesa com a ditadura fascista italiana: «A nossa ditadura aproxima-se, evidentemente, da ditadura fascista pelo reforço da autoridade, guerra declarada a certos princípios da democracia, pelo seu carácter nacional, pela sua preocupação de ordem social. Afasta-se dela, contudo, pelos seus processos de renovação. A ditadura fascista tende para um cesarismo pagão, para um estado que não conhece limites de ordem jurídica ou moral, que marcha para o seu fim sem encontrar embaraços ou obstáculos» Cfr. OLIVEIRA SALAZAR, *Discursos,* Vol. I, cit., p. 285. No mesmo sentido, QUIRINO DE JESUS *Nacionalismo Português,* cit., p. 121, defendia que «nacionalismo português tai como foi proclamado pela ditadura, é distinto de qualquer dos outros surgidos na Europa. Não é inspirado pela doutrina de Maurras e de 1'Action Française que é a do estado monárquico, omnipotente, dominador das consciências. Não é igual ao fascismo italiano que representa a mesma ideia de quase deificação do Estado, absoluto, imperialista e guerreiro. Não se parece com o socialismo nacional da Alemanha e da Áustria, que tem semelhanças com o extremismo de esquerda e está subordinado à abolição dos tratados de paz e reinstalação do imperialismo germânico». Mas já um outro influente político do Estado Novo acentuava o carácter totalitário da ideologia corporativa: «... o Estado não pode deixar de ter uma doutrina e creio que essa há-de ser totalitária; há-de abranger todas as formas de actividade e até a própria concepção de vida. Aqui o Estado não impõe escravizando a vontade; propõe orientando a educação por forma a despertar na alma de todos uma ideologia idêntica à sua própria ideologia» Cfr. MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Princípios Essenciais do Estado Novo,* Conferência realizada na Sala dos Capelos da Universidade de Coimbra, em 28 de Maio de 1936. Vide a caracterização recente do Estado Corporativo como *ditadura militar* em Nicos POULANTZAS, *A Crise das Ditaduras, Portugal, Grécia, Espanha,* Lisboa, 1975. Cfr. ainda MANUEL DE LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português,* I. O *Salazarismo,* 1976, pp. 28 ss; "Interpretações do salazarismo", I, in *Análise Social,* 83 (1984), p. 423 ss.

dual incorporação de elementos fascizantes conduziram a uma simbiose do pensamento tradicionalista com a ideologia fascista. Procurou evitar-se um «panteísmo estatal» e, por isso, a separação Estado-sociedade, a distinção entre a soberania política e soberania social, própria do liberalismo orgânico krausista, coadunava-se melhor com o corporativismo do Integralismo Lusitano [64] (a nação entendida como sociedade civil composta de várias unidades orgânicas) e com o organicismo do Centro Católico do que com o dogma mussoliniano da deificação do Estado. Resultou, assim, uma espécie de "fascismo baptizado" (M. BRAGA DA CRUZ). A instauração de uma nova ordem hierarquizada, em substituição da democracia ato-mista clássica, não postularia uma adesão ao lema mussoliniano «Tudo pelo Estado, nada contra o Estado», sendo suficiente a fórmula o Tudo pela Nação, nada contra a Nação». De qualquer modo, o *nacionalismo português* do Estado Novo aceitava perfeitamente as concepções *supra-individualistas,* como se pode deduzir desta fórmula do *Estatuto do Trabalho Nacional:* «Os fins e os interesses da Nação dominam os dos indivíduos e grupos que a compõem» [65].

Tal como pretendeu evitar o deísmo estadual, a ideologia política do Estado Novo não se revelou declaradamente *racista* como o nacional-socialismo. No entanto, na redacção primitiva do art. 11.°, respeitante à família, não deixou de consagrar-se que «O Estado assegura a constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento da raça». Nesta exaltação da raça talvez esteja presente a influência anti-semítica que os doutrinadores do Integralismo Lusitano herdaram de Maurras.

4. A ideia de economia dirigida e a existência de uma constituição económica

O antiliberalismo do Estado Novo consistia, à semelhança do que aconteceu com os outros filões do pensamento conservador, em combater o liberalismo, mais como uma concepção do mundo e da

[64] Quanto a este último cfr. BRAGA DA CRUZ, *As origens,* cit., pp. 351 ss; «O Integralismo Lusitano e as Origens do Salazarismo», in *Análise Social,* n.° 70 (1982), pp. 137 ss.

[65] Sobre a evolução do conceito de Nação na ordem constitucional de 1933 cfr. A. TOMASHAUSEN, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit im neuen Portugal,* Ber-lin, 1980, pp. 55 ss.

vida *(Weltanschauung)*[66] do que como forma de domínio social e económico, correspondente à época do capitalismo de concorrência [67]. Não obstante isto, a Constituição de 1933, tal como já tinha feito a Constituição de Weimar, encarou a transformação da base social do liberalismo e a evolução do capitalismo de concorrência. E daí que, ao contrário da Constituição de 1911, nos surja um «bloco» de artigos consagrados ao «capitalismo organizado», onde se definem os princípios de coordenação e regulamentação da vida económico-social (constituição económica). Todavia, esta direcção ou mediação do Estado, à qual se apontam infundadamente laivos de *socialismo catedrático*[66], viria a traduzir-se numa drástica restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores (proibição do direito à greve, proibição da liberdade sindical) em contraposição com as liberdades reconhecidas ao outro «parceiro social».

II — Estrutura e princípios da Constituição de 1933

a) *O poder constituinte*

O texto constitucional corporativo é a única constituição portuguesa que adoptou o sistema plebiscitário como forma de exercício do poder constituinte. A partir de um projecto de Salazar, e com auxílio de alguns colaboradores e de um Conselho Político Nacional, foi elaborado um texto (Decreto n.° 22.241, de 21 de Fevereiro de 1933), submetido posteriormente, com ligeiras alterações, a plebiscito nacional (19 de Março de 1933).

[66] Isto é bem posto em relevo quanto ao «anticapitalismo» conservador alemão por H. GERSTENBERGER, *Der revolutionäire Konservatismus, eín Beitrag zur Analyse der Liberalismus,* Berlin, 1969, pp. 37 ss. Entre nós, vide, por ex., AVELÃS NUNES, «Mentalidade Agrária Pré-Científica», in *Sobre o Capitalismo Português,* Textos Vértice, Coimbra, 1973, pp. 143 ss; MANUEL DE LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português,* Vol. I, *O Salazarismo,* Lisboa, 1976, pp. 170 ss; JORGE CAMPINOS, *A ideologia política do Estado Salazarista,* Lisboa, 1975; M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* cit., p. 205.

[67] Cfr., sobretudo, TEIXEIRA RIBEIRO, «Princípios e Fins do Sistema Corporativo Português», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra,* Vol. XVI (1939); «O Destino do Corporativismo», *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* Vol. I (1945).

[68] Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual, cit,* Vol. II, p. 504.

b) *Direitos fundamentais*
A declaração de direitos, fundamentalmente condensada no art. 8.°, retomava o estilo das constituições liberais quanto a direitos, liberdades e garantias individuais. Previa-se também a hipótese de direitos constitucionais «fora do catálogo» (constantes da Constituição e até de leis ordinárias, nos termos do art. 8.71). O que caracterizou, porém, a Constituição de 1933 quanto a esta matéria, revelando o seu sentido autoritário, foi o facto de alguns dos direitos mais significativos (cfr. art. 8.72), ficarem submetidos ao regime que viesse a ser estabelecido por «leis especiais». Os direitos fundamentais moviam-se no âmbito da lei, em vez de a lei se mover no âmbito dos direitos fundamentais; a constitucionalidade dos direitos degradava-se em legalidade e legalização dos mesmos, ficando o cidadão submetido à discricionariedade limitadora do legislador. Partindo de uma concepção anti-individualista, o legislador constituinte de 1933 pontualizou melhor do que o legislador republicano de 1911 alguns direitos sociais, económicos e culturais e as correspondentes imposições estaduais para a sua satisfação (cfr. arts. 13.°, 42.°, 43.°, etc).
c) Constituição económica
A Constituição de 1933, na senda da Constituição de Weimar, formalizou, pela primeira vez, em Portugal, a constituição económica. Por outras palavras: os vários domínios da «ordem económica e social» (cfr. Título VIII da Constituição de 1933), são formalmente constitucionalizados, fixando-se a nível da constituição formal um quadro jurídico para os bens de produção, agentes económicos, organização e regulação da economia. Além disso, e na medida em que muitas das normas da constituição económica definem programas e estabelecem directivas para a ordem económica, a constituição deixou de ser um estatuto organizatório liberal para se erigir em *constituição programático-dirigente.*
d) A *estrutura político-organizatória*
Consagrando a soberania nacional (art. 71.°), o documento constitucional de 1933 individualiza como «órgãos de soberania» o Chefe do Estado, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais.

1 — *Chefe do Estado*

Os poderes que eram atribuídos ao *Chefe do Estado* como Presidente da República eleito pela Nação revelavam a opção originária pelo «presidencialismo atípico»: (i) o Chefe do Estado não é o chefe do executivo, tal como acontece nos regimes tipicamente presidencialistas e tal como sucedia nas monarquias dualistas; (ii) o Governo, embora constitucionalmente autonomizado, responde politicamente perante o Presidente da República, o que aponta para as tradições da monarquia constitucional com governo representativo; (iii) porém, o facto de se autonomizar o Governo, sem lhe conferir um regime típico de «gabinete» (nas tradições do regime parlamentar), demonstra que se abria caminho para aquilo que já se chamou com relativa propriedade "presidencialismo de primeiro-ministro (MAR-CELLO CAETANO), «sistema representativo simples de chanceler» (JORGE MIRANDA), «sistema presidencialista de chanceler» (M. GAL-VÃO TELES), «presidencialismo funcional do Presidente do Conselho de Ministros» (JORGE CAMPINOS)[69].

2 —*Assembleia Nacional*

A *Assembleia Nacional* (art. 85.° ss) ficou a ser, depois da revisão constitucional de 1959, o único órgão de soberania directamente eleito. Como órgão legislativo, a sua competência foi seriamente diminuída pela atribuição ao Governo de competência legislativa normal (decretos-leis), embora na última revisão (Lei 3/71, de 16 de Agosto) se tentasse recuperar a dignidade legislativa da Assembleia através da inclusão de novas matérias da competência reservada do órgão representativo (cfr. art. 93.°). Além disso, prescrevia-se que as leis votadas pela Assembleia se restringissem à «aprovação das bases gerais dos regimes jurídicos» (art. 92.°).

Como órgão político, as funções da Assembleia eram também limitadas dada a inexistência da responsabilidade governamental perante este órgão e o seu curto período de funcionamento (cfr. art. 94.°).

[69] A doutrina tende hoje a assinalar a evolução orgânico-institucional do regime a partir da Revisão Constitucional de 1971. Cfr., por ex., MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* cit., pp. 211 ss, que alude a «sistema de concentração de poderes bicéfalo — tendo por cabeças o Presidente da República e o Presidente do Conselho de Ministros».

3 — *Câmara Corporativa*

Como estrutura corporativa surge a Câmara Corporativa, «composta por representantes das autarquias locais e dos interesses sociais» (art. 102.°). A sua função não era a de uma segunda câmara deliberativa, mas a de um órgão auxiliar, competindo-lhe «relatar e dar parecer sobre todas as propostas ou projectos de lei e sobre todas as convenções ou tratados internacionais que forem presentes à Assembleia Nacional» (art. 103.°). Tornou-se, porém, um importante centro de convergência de poderes burocráticos e tecnocráticos com os interesses económicos.

4 — *Conselho de Estado*

De natureza consultiva, o *Conselho de Estado* funcionava junto do Presidente da República (art. 84.7b/1, c), competindo-lhe também verificar a impossibilidade de reunião do colégio eleitoral para a eleição do Chefe do Estado, a impossibilidade de realização das eleições para deputados (art. 84.7a) e a impossibilidade física permanente do Presidente da República (art. 84.7c).

e) *A estrutura partidária*

Afirmando a sua "inimizade" à «fragmentação partidária» (OLIVEIRA SALAZAR) e à «política formal e convencional dos partidos» (MARCELLO CAETANO), compreende-se o desconhecimento, pelo regime corporativo, dos partidos a nível constitucional formal. O regime não deixou, todavia, de recorrer a esquemas organizatórios destinados a desempenharem funções atribuídas aos partidos políticos (União Nacional e Acção Nacional Popular): suporte político, mobilização, recrutamento de dirigentes, mediação eleitoral.[70]

[70] Cfr. a discussão da caracterização, como partido, da União Nacional e da Acção Nacional Popular em M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* cit., p. 184, e bibliografia aí citada. Cfr., também AFONSO QUEIRÓ, *Partidos e partido único no pensamento político de Salazar,* 1970, p. 12; ARLINDO CALDEIRA, "A União Nacional: antecedentes, organização e funções", in *Análise Social,* 94 (1986), p. 343 ss.

ESTRUTURA FORMAL DAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS

fITUIÇÃO DE 1822 (240 artigos) **CONSTITUIÇÃO DE 1911 (87 arts.)** **CONSTITUIÇÃO DE 1976 (298.° arts.)***

-Dos direitos e deveres individuais dos portugueses
-Da Nação Portuguesa, e seu território, religião, governo e dinastia
.Do Poder Legislativo ou das Cortes
-Do Poder Executivo do Rei
-Do Poder Judicial
-Do Governo administrativo e económico

TA CONSTITUCIONAL DE 1826 (145 artigos)

-Do Reino de Portugal, seu território, governo e religião
-Dos cidadãos portugueses
-Dos poderes e representação nacional
-Do Poder legislativo
-Do Rei
-Do Poder Judicial
-Da administração e economia das províncias
-Das disposições gerais e garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses

pNSTITUIÇÃO DE 1838 (139 arts. + 1 art. transitório)

-Da Nação n-rtuguesa, seu terri-tóriu religião, governo e dinastia
-Dos ciaaudub portugueses
-Dos Direitos e garantias dos Portugueses
-Dos Poderes Políticos
-Do Poder Legislativo
-Do Poder Executivo
-Do Poder Judiciário
-Do Governo Administrativo e Municipal
"Das Províncias Ultramarinas
-Da Reforma da Constituição

I — Da forma de Governo e do Território da Nação Portuguesa 11 — Dos direitos e garantias individuais
III —Da soberania e dos poderes do
Estado
IV —Das instituições locais administra-
tivas
V —Da administração das províncias
ultramarinas VI — Disposições gerais VII — Da Revisão Constitucional

CONSTITUIÇÃO DE 1933 (142 arts.)

PARTE I

I — Da Nação Portuguesa II —Dos cidadãos
III — Da Família
IV — Das Corporações morais e econo
micas
V — Da família, das corporações, das
autarquias como elementos políticos
VI —Da Opinião Pública VII — Da ordem administrativa, política e civil VIII — Da ordem económica e social
IX — Da educação, ensino e cultura nacional
X — Das relações do Estado com a Igreja Católica e demais cultos
XI — Do domínio público e privado
XII —Da Defesa Nacional
XIII — Das administrações de interesse
colectivo
XIV — Das finanças do Estado

PARTE II

I — Da soberania
I —Do Chefe do Estado
III — Da Assembleia Nacional
IV —Do Governo
V — Dos Tribunais
VI —Das circunscrições políticas e administrativas e das autarquias autarquias locais
VII — Do Império colonial português Disposições complementares
a) REVISÃO cons-titucional
b) Disposições especiais e transitórias

PREÂMBULO **Princípios Fundamentais**

PARTE I

Direitos e deveres fundamentais

I —Princípios gerais II — Direito, liberdades e garantias III —Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

PARTE II

Organização económica

I —Princípios gerais
II —Planos
III —Política agrícola, comercial e in-
dustrial
IV — Sistema financeiro e fiscal

PARTE III

Organização do poder político

I — Princípios gerais II — Presidente da República
III — Assembleia da República
IV —Governo

V — Tribunais
VI — Tribunal Constitucional VII— Regiões autónomas VIII - Poder local
IX — **Administração Pública**
X — **Defesa Nacional**
PARTE IV
Garantia e Revisão da Constituição
I—Fiscalização da **constitucionali-**
dade II — Revisão constitucional
Disposições finais e transitórias
"'zação de acordo com a Lei Constitucional n.° I/89 (2ª Revisão da Constituição).

PARTE IV

PADRÕES ESTRUTURAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL VIGENTE

1

CAPITULO 1

PADRÃO I: PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO CONSTITUCIONAL 1.° — PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

Sumário A) Sentido Global dos Princípios Estruturantes

1. Dimensão constitutiva e dimensão declarativa
2. Padrões de legitimidade e princípios constitucionalmente conformados
3. Especificidade e concordância prática
4. Positividade constitucional

B) O Princípio do Estado de **Direito**

I — História, memória e teorias

1. Manifestações históricas do princípio
2. O Estado de direito material de caracterização liberal
3. O trânsito para o Estado de direito formal
4. O Estado de direito como Estado de legalidade administrativa

II — Dimensões fundamentais do princípio do Estado de direito

1. Juridicidade
2. Constitucionalidade
3. Sistema de direitos fundamentais
4. Divisão de poderes
5. Garantia da administração autónoma local

III — O princípio do Estado de direito democrático na Constituição de 1976

1. A constituição e o princípio do Estado de direito
2. Elementos formais e elementos materiais

IV — O princípio do Estado de direito e os subprincípios concretizadores

1. O princípio da legalidade da administração
2. Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos
3. O princípio da proporcionalidade
4. O princípio da protecção jurídica e das garantias processuais

V — Um Estado de direito com custos políticos? Um Estado de direito com custos sociais?

1. Estado de direito e custos democráticos

2. Um Estado de direito com custos sociais?

Indicações biliográficas

A) ESTADO DE DIREITO

1. Intertextualidade

Considera-se hoje indiscutível a influência da filosofia política de I. Kant no desenvolvimento da ideia de Estado de direito. Dentre as suas obras, cumpre salientar aquelas que têm directa incidência sobre o tema: «Uber den Gemeinspruch. Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht fiir die Praxis», in *Kants Gesammelte Schriften,* Berlin, 1969, Vol. **VIII;** «Zum ewigen Frieden», in *Kants Gesammelte Schriften,* Vol. **VIII;** «Metaphysische Anfangsgriinde der Rechtslehre», in *Metaphysik der Sitten, Kants Gesammelte Schriften,* Vol. VI. Sobre a Teoria do Estado de direito em Kant cfr. por último, G. Dietze, *Kant und der Rechtsstaat,* Tubingen, 1982. Outro autor que teve grande influência na perspectivação liberal do Estado de direito foi W. Von Humboldt, «Ideen zu einem Versuch die Grênzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen», in *Gesammelte Schriften,* Berlin, 1903, Vol. **I.**

2. Bibliografia

Os contributos mais importantes para o estudo do Estado de direito poderão ver-se em M. Tohidipur, *Der burgerliche Rechtsstaat,* Frankturt/M, 1978, 2 vols. Aqui se recolhem vários estudos, como os de E. W. Bôckenfòrde, K. Hesse, R. Thoma, J. Maus, U. Scheuner.

Em língua espanhola surgiram recentemente estudos importantes: A. Baratta, «El Estado de Derecho. Historia dei concepto y problemática actual», in *Sistema,* n.° 17/18 (1977); E. Dias, *Legalidady legitimidad en el socialismo democrático,* Madrid, 1982; R Luno, «Sobre el Estado de derecho y su significación constitucional», in *Sistema,* n.° 57 (1983) e *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, 1984; R L. Verdu, «Estado de Derecho y Justicia Constitucional», in *REP,* n.° 33 (1984); A. Brewer Carias, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid, 1987. Na França, vide o recente volume de D. Colas (org) *VÉtat de droit,* Paris, 1987; J. Chevallier, «UÉtat de droit», in RDP, 1988, p. 313 ss. Por último, cfr. Emeri, C. — «L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européenes», in *Revue française de Droit Constitutionnel,* 9/1992, p. 27 ss.; Berti, G. — «Stato de diritto informale», in RTDP, 1/1992, p. 3 ss.; Púttner, G. — «Lo stato di diritto informale», in RTDP, 1/1992.

Na bibliografia portuguesa, ou em língua portuguesa, salienta-se:

André, Pereira — *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais,* Coimbra, 1981. Baptista Machado, J.—*Participação e descentralização,* Coimbra, 1982. Dias Euaz — *Estado de Direito e Sociedade Democrática,* Lisboa, 1969. Machete, R. — *O Contencioso Administrativo,* Separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública, Coimbra, 1973, p. 14.

MARTINS, A. —*O Estado de Direito e a ordem política portuguesa,* in *Fronteira,* n.° 9, 1980, pp. 10 ss.
MIRANDA, J. —*A Constituição de 1976,* pp. 473 ss.
MOREIRA, V. — *A Ordem Jurídica do Capitalismo, 2.*[1] ed., 1979; *Economia e Constituição. —A Constituição e a Revisão Constitucional,* Lisboa, 1980.
NEVES, CASTANHEIRA —*A Revolução e o Direito,* 1976, p. 203.
NOVAIS, J. — *O Estado de Direito,* Coimbra, 1988
QUEIROZ, CRISTINA — *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controlo jurídico do poder,* Coimbra, 1990'.
RIBEIRO, VINICIO — *O Estado de Direito e o princípio da legalidade da administração,* Coimbra, 1979.
SOARES, R. —*Interesse Público, Legalidade e Mérito,* Coimbra, 1955. — *Direito Público e Sociedade Técnica,* Coimbra, 1969.

A I *SENTIDO GLOBAL DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES*

1. Dimensão constitutiva e dimensão declarativa

As obras mais recentes de direito constitucional dedicam um ou mais capítulos ao estudo dos *princípios constitucionalmente estrutu-rantes.* Individualizados e caracterizados de forma muito variada pela doutrina[1] («determinações jurídico-constitucionais da estrutura do Estado», «princípios estruturantes do Estado», «princípios ordenado-res», «princípios directores», «fundamento da ordem constitucional», «estruturas fundamentais do Estado constitucional»), eles designam os princípios constitutivos do «núcleo essencial da constituição», garantindo a esta uma determinada *identidade* e *estrutura.* Possuem, em geral, duas dimensões:

(1) uma *dimensão constitutiva,* dado que os princípios, eles mesmos, na sua «fundamentalidade principiai», exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional;

(2) uma *dimensão declarativa,* pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de «superconceitos», de «vocábulos designantes», utilizados para exprimir a soma de outros «subprincípios» e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.

Assim, por exemplo, o princípio do Estado de direito significa, de forma global, a ideia de uma ordem de paz estadualmente garantida através do direito. Noutros casos, porém, é um simples vocábulo designante de vários princípios concretizadores com ele conexionados

[1] Cfr. por ex., K. HESSE, *Grundziige,* p. 47 ss; K. STERN, *Staatsrecht,* vol. I, P- 441 ss; ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts,* Vol. I, p. 775 ss; A. Pizzo-Russo, *Lezioni di diritto costituzionale,* p. 86 ss. Entre nós, por último, GOMES CANO-TILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* 1991, p. 67 ss.

(princípio da juridicidade, princípio de constitucionalidade, princípio da legalidade da administração, princípio da protecção da confiança, princípio da divisão de poderes). De igual modo, o princípio democrático significa, em termos políticos — que são os de Lincoln — «o poder do povo, para o povo e pelo povo», mas é também uma condensação de várias dimensões concretizadoras do fundamento e legitimação do poder político (princípio da soberania popular, princípio eleitoral, princípio partidário, princípio representativo, princípio participativo)[2].

2. Padrões de legitimidade e princípios constitucionalmente conformados

Na sua qualidade de princípios constitucionalmente estruturantes eles devem ser compreendidos como princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica. Não são, pois, expressões de um direito abstracto ou «pontos fixos», sistematicamente reconduzíveis a uma «ordem divina», «natural» ou «racional», sem qualquer referência a uma ordem política comunitária. Note-se, porém: embora não sejam princípios transcendentes, podem sempre ser considerados como *dimensões paradigmáticas* de uma ordem constitucional «justa» e, desta forma, servirem de operadores paramétricos para se aquilatar da *legitimidade e legitimação* de uma ordem constitucional positiva. Neste sentido, averiguar se uma ordem constitucional está «informada» pelos princípios do Estado de direito democrático é ou pode ser uma pedra de toque para se concluir, positiva ou negativamente, acerca da sua dignidade de reconhecimento como «ordem constitucional justa», como «Estado de direito» ou «Estado de não direito», como Estado democrático ou como ditadura.

3. Especificidade e concordância prática

Os princípios estruturantes têm, cada um de *per* si, um conteúdo específico, uma «marca distintiva»: o princípio democrático não é a mesma coisa que Estado de direito, assim como o princípio republicano não se confunde nem com um nem com outro. Todavia, estes

[2] Esta dupla dimensão — constitutiva e declarativa — é exposta com clareza por Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip,* 1986, p. 89 ss, a propósito do Estado de direito.

princípios actuam imbricadamente, completando-se, limitando-se e condicionando-se de forma recíproca. Desde logo, assentam numa *base antropológica comum,* que na Constituição de 1976 se reconduz à «tríade mágica»: o homem como *pessoa,* como *cidadão* e como *trabalhador*[2*]. Consequentemente, o indivíduo é protegido na sua identidade e integridade física e espiritual através da vinculação dos poderes públicos a formas, regras e procedimentos jurídicos (princípio do Estado de direito), é inscrito como homem livre no processo de participação e decisão democráticas (princípio democrático e republicano), é-lhe garantida a liberdade perante os riscos da existência através do acesso ao trabalho, à iniciativa económica e ao direito à segurança social (princípio do Estado social).
Em segundo lugar, os princípios estruturantes articulam-se em termos de complementaridade. Assim, o poder político — «domínio de homens sobre homens» — carece de uma legitimação e justificação que só pode vir do povo, mas a forma democrática exige procedimentos, formas e processos de modo a evitar-se uma «democracia sem Estado de direito» ou um «Estado de direito sem democracia». Acresce que a «decisão democrática» e a «forma de Estado de direito» não dispensam uma medida material — liberdade, igualdade, fraternidade — intrinsecamente informadora da «construção de uma sociedade livre, justa e solidária» (CRP, art. 1.°).
Em terceiro lugar, os princípios estruturantes condicionam-se mutuamente. Nesta perspectiva, a «forma» de organização do poder político segundo o padrão da separação de poderes é justificada, em termos de Estado de direito, como uma forma de «limite» ao domínio estadual. Todavia, esta «divisão de poderes» tem de assentar em bases democráticas — o povo *quer* que o poder seja exercido pelos seus órgãos (de soberania, do poder político) de um modo *funcionalmente* separado.
Finalmente, os princípios estruturantes operam, nas suas relações recíprocas, *«deslocações compreensivas»:* as modificações relativas à compreensão do conteúdo de um princípio são susceptíveis de produzir refracções quanto ao correcto entendimento do outro. As tarefas do Estado, por exemplo, numa compreensão estritamente liberal do Estado de direito, desenvolvem-se mediante a compressão do princípio da democracia económica, social e cultural, mas, nos quadrantes constitucionais portugueses, devem já ser entendidas no

[2a] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada, 3.'* ed., 1993, p. 51 ss

sentido de tarefas próprias do Estado de direito social. Do mesmo modo, a democracia, entendida nos termos de um procedimento formal de «escolha de governantes», foi objecto de enriquecimento material, ao exigir-se não apenas uma organização política democrática mas também a realização de uma democracia económica, social e cultural.

As relações de complementaridade, de condicionamento e imbricação entre os princípios estruturantes explicam o sentido da *especificidade e concordância prática:* a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efectividade de todos eles[3].

4. Positividade constitucional

Os princípios estruturantes bem como os subprincípios que os densificam e concretizam constituem princípios ordenadores positivamente vinculantes. Em virtude do seu carácter estruturante, vêm quase todos enunciados no capítulo introdutório da CRP, intitulado «Princípios Fundamentais» (CRP, arts. 1.° a 11.°). Isto não significa que eles só aí venham consagrados, devendo procurar-se no conjunto global normativo da constituição as revelações e manifestações concretas desses mesmos princípios.

B I *O PRINCIPIO DO ESTADO DE DIREITO*

I — História, memória e teorias **1. Manifestações históricas do princípio**

A breve resenha histórica desenvolvida nas páginas seguintes pretende captar a história/memória da ideia do Estado de direito. Como vai ver-se, o conceito de Estado de direito surge como um *conceito temporalmente condicionado, aberto* a influências e confluências de concepções cambiantes do Estado

[3] Sobre esta articulação dos princípios estruturantes cfr., por último, P. KIRCH-HOF, in ISENSEE / KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts,* I, p. 809 ss.

e da constituição e a várias possibilidades de *concretização.* A condicionali-dade temporal, a abertura política e ideológica e diversidade de concretização[4], apontam para a rejeição da ideia de Estado de direito como *fim em si mesmo.* Contrariamente ao pensamento de muitos autores (a começar por TRIEPEL[5] que proclamava o valor eterno do Estado de direito — *Ewigkeitswert des Rechts-staates),* o Estado de direito não deve conceber-se como um sistema fechado e fixo com valor próprio. Esta posição só poderá conduzir a um Estado de direito entendido como um conjunto de artifícios técnico-jurídicos[6], ou seja, à velha ideia do Estado de direito formal. Cada época tem as suas experiências jurídicas, as suas exigências de justiça, os seus padrões de juridicidade. Por isso, já se acentuou — e bem — que a história do Estado de direito não deve ser compreendida como a «história de um conceito», mas como uma história enquadrada na «história geral das ideias e das instituições».

A abertura e pluralidade de concretizações[7] não significa de modo algum a conciliabilidade de um *Estado de direito* com um *Estado de não direito.* A dissolução do conceito será inevitável e o seu valor aniquilado se o concebermos como forma vazia. Consequentemente, também se terá de alertar contra uma deliberada defesa da *equivocidade* de sentidos do Estado de direito[8]. Esta rejeição constitui já uma antecipação da ideia, adiante defendida, de que se a *forma é* importante (Estado de direito formal), ela não pode ser uma cobertura acrítica de qualquer conteúdo. Na indagação deste conteúdo (justiça, socialidade, pessoa humana) se concentram hoje os esforços da teoria do Estado de direito material[9] e da teoria do Estado social do direito.

Ao conceito de Estado de direito, que já foi considerado como produto da sedimentação de 1000 anos[10], é geralmente atribuído um característico

[4] Cfr. E. BOCKENFÕRDE, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», in *Sàkularisation und Utopie,* Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65 Geburtstag, Frankfurt/M., 1976, p. 65 (as citações referem-se a esta última obra); K. STERN, *Staatsrecht,* Vol. I, Miinchen, 1982, p. 612.

[5] Cfr. *WDStRL,* n.° 7, p. 197 (Diskussionsbeitrag).

[6] Esta é a tese de FORSTHOFF, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», in *WDStRL,* n.° 12 (1954); E. FORSTHOFF, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit,* Darmstadt, 1968.

[7] BOCKENFÕRDE, *Entstehung,* cit., p. 65, fala de uma espécie de «conceito represa»: *«Schleusenbegriff».*

[8] Tem-se em vista aqui a conhecida tese de C. SCHMITT: «a palavra Estado de direito pode ter significados tão diversos como a própria palavra direito e, além disso, significar organizações tão diferentes como a palavra Estado. Há um Estado de direito feudal, corporativo, burguês, natural, jusracional, histórico-jurídico». C. SCHMITT fechará o rol com o «Estado de direito nacional-socialista». Cfr. C. SCHMITT, *JW,* 1934, p. 716; *Legalitàt und Legitimai,* 1932, p. 19. O mesmo se verificou na doutrina italiana. Cfr., por ex., D'ALESSIO, «Lo stato fascista come Stato di Diritto», in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano,* Vol. I, pp. 489 ss.

[9] Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito,* 1976, pp. 214 ss.

[10] Assim, precisamente, GNEIST, *Der Rechtsstaat,* 1872, pp. 39 ss; *Der Rechts-staat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland,* 2.ª ed., 1879 (reimpressão, 1966), PP- 65 ss.

«cunho alemão» [u]. Pode dizer-se ter sido a Alemanha o país onde o conceito se definiu com mais rigor e assumiu uma função político-social mais definida. Isso não significa, porém, que noutros quadrantes e noutros momentos históricos não tenha havido aflorações da mesma ideia. Detenham-se algumas ideias que precederam a afinação germânica do Estado de direito: *a)* na filosofia grega a conjugação das ideias de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei) apontava já para a limitação racional dos poderes do Estado[12]; *b)* a defesa de uma *constituição mista* trazia implícita, desde a antiguidade, a necessidade de um poder moderado, contraposto à tirania sem limites[13]; c) a ideia de vincula-ção dos soberanos às *leis fundamentais do reino*[14]; *d)* as doutrinas da *resistência contra tiranos* e do *contrato social*[15]; *e)* o pensamento medieval da liberdade no direito, ou seja, a liberdade que advém de um determinado *estatuto* e que havia de conduzir à ideia de liberdade natural do homem.
Além destes precedentes político-filosófico-jurídicos, a ideia da limitação do Estado pelo Direito desenvolveu-se em vários quadrantes jurídicos, embora com «nuances» bastante específicas. Assim, o velho princípio inglês da *Rule ofLaw* colocava o seu acento tónico na proibição do arbítrio, no princípio da «pré-determinabilidade» do direito penal, no princípio da legalidade da administração, na igualdade perante o direito, na independência dos tribunais, na protecção das liberdades civis e políticas[16].
Também nos Estados Unidos foram desenvolvidas ideias semelhantes. Aqui, porém, ao contrário do que sucedera na Inglaterra (onde os direitos e princípios atrás assinalados eram garantidos pelo direito comum — *Common Law* — e pelas leis do Parlamento), a ideia de *Estado Constitucional* desempenhou papel importante. Através de uma constituição formal e de um processo com garantias *(dueprocess ofLaw),* os direitos de liberdade adquiriram sólidas garantias perante os ataques do poder público[17].

[11] Cfr., entre muitos, SCHEUNER, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates», in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben — Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags — 1860-1890,* Karlsruhe, 1960, Vol. II, p. 229; *Staatstheorie und Staatsrecht,* Berlin, 1978, p. 185.

[12] Cfr. SCHAMBECK, *Vom Sinnwandel des Rechtsstaates,* 1970, pp. 4 ss.

[13] Cfr. WEMBER, *Verfassungsmischung und Verfassungsmitte,* Berlin, 1977.

[14] Isto é bem demonstrado por J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History,* 1953, p. 137; MAC CORMICK, «Der Rechtsstaat und die Rule of Law», JZ, 1984, p. 65 ss.

[15] Cfr. SCHAMBECK, *Vom Sinnwandel,* cit., p. 4 ss.

[16] Cfr. sobre isto a obra fundamental de DICEY, *Introduction to the Study ofthe Law of the Constitution,* London, 1885, Caps. IV, XII, XIII e, mais recentemente, a obra influente de J. JENNINGS, *The Law of Constitution,* Cap. II. Por último, vide J. HARVEY/J. BATHER, *The British Constitution,* London/Melbourne/Toronto, 1965; *idem,* «Úber den englischen Rechtsstaat. 'The rule of law'», in M. TOHIDIPUR, *Der burgerliche Rechtsstaat,* Vol. II, pp. 359 ss. Por último, cfr. MAC CORMICK, cit., p. 65.

[17] Importante para a história constitucional americana: E. S. CORWIN, *The Constitution and What it Means Today,* Princeton/NJ, 1920 (12.ª ed., 1970) anotações ao «Amendment», V e IX; C. M. PRITCHETT, *The American Constitution,* New York, 1959, p. 488. Cfr., por último, TRIBE, *American Constitutional Law,* 1978.

Na França, de forma também diferente do *Rechtstaat* e da *Rule of Law,* desenvolveu-se o conceito de *règne de la loi,* ligado à ideia da lei como expressão da *volonté générale.* A consciencialização da defesa contra os abusos da administração conduziu a uma progressiva acentuação do *príncipe de la légalité,* que virá a ter um papel fundamental sobretudo na evolução do controlo jurídico da actividade administrativa[18]. Deste modo, o princípio da legalidade, na sua dimensão revolucionária, aponta para uma perspectiva radicalmente nova da compreensão do direito público: (a) quanto à *fonte,* o direito não está em qualquer poder transcendente à comunidade mas nesta mesmo; (b) quanto à *forma* de manifestação ou revelação, só a lei geral é expressão legítima da vontade da comunidade; (c) quanto aos *fins,* o direito serve para assegurar a liberdade dos cidadãos.

2. O Estado de direito material de caracterização liberal

1. *A ideia de legalidade e de realização da justiça.*

A caracterização «especificamente alemã» do Estado de direito aparece nos fins do século xvm e começos do século xix. A sua história tem sido escrita de várias maneiras[19]. Ela não será aqui reescrita. Salientar-se-ão apenas alguns momentos. Oriunda da teoria do Estado do liberalismo nascente e fortemente influenciada pelas concepções jusracionalistas, a ideia de Estado de direito surge conexionada com dois pressupostos que constituirão, *ab initio,* a sua verdadeira *ratio essendi.* Referimo-nos à *ideia de legalidade de toda a actividade estadual* (mais tarde identificada como elemento formal do Estado

[18] Cfr. j)or todos, C. M. Eisenmann, «Le Droit Administratif et le príncipe de légalité», in *Etudes et Documents du Conseil d'État,* 1959, pp. 25 ss. Note-se, porém, que nesta obra se defende um conceito de *«légalité»* restrito às leis formais e não, como parece ser hoje a doutrina dominante em França, um sentido amplo de legalidade como o conjunto de *règles de droit.* Cfr. Afonso Queiró, *Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo,* Coimbra, 1940, pp. 6 ss.. Uma visão de conjunto ver-se-á, entre nós, em Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito,* Coimbra 1955, e *Direito Público e Sociedade Técnica,* pp. 162 ss.. Vide, por último, Servulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos,* Coimbra, 1988, pp. 2 ss.

[19] Sobre a evolução do conceito cfr. entre os autores mais recentes: Scheuner, *Entwicklung,* cit., pp. 299 ss.; Bòckenförde, *Entstehung und Wandel,* cit., pp. 65 ss. De um ponto de vista marxista, cfr. R. Meister, *Das Rechtsstaatsproblem in der westdeutschen Gegenwart,* Berlin, 1966. Uma panorâmica crítica ver-se-á em J. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des burgerlichen Rechtsstaats,* org. de M. Tohidipur, Frankfurt/M, Vol. I, 1978, pp. 11 ss. Cfr., por último, K. Grimmer, *Demokratie und Grundrechte,* Berlin, 1981, pp. 38 ss; PÉREZ Luno, «Sobre el Estado de Derecho y su significacion constitucional», in *Sistema,* n.° 57 (1983), pp. 51 ss; *idem, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion,* Madrid, 1984, pp. 187 ss.; Lucas Verdu, «Estado de Derecho y Justicia Constitucional», in *REP*, n.° 33 (1983); Jacques Chevallier, «UÉtat de Droit», in RDPSP, 1988, p. 314 ss.; *VÉtat de Droit,* 1987, pp. 216 ss.

de direito) e à *ideia de realização de justiça,* como fim primário do poder estadual (elemento material). Mais do que um conceito jurídico, o Estado de direito era um *conceito político*[20] e, além disso, um conceito de luta política *(politisches Kampfbegrijf)*[21]. Concretamente, constituía o instrumento da luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador, contra os resquícios do Estado feudal, contra as sobrevivências estamentais. Formulado depois em termos filosóficos[22], o conceito passou a alicerçar a compreensão do Estado como Estado que respeita a liberdade ética do homem individual (KANT) e reconhece uma vinculação jurídica para os próprios actos. Neste contexto, é repetida constantemente a formulação de KANT: «O Estado é a associação de uma pluralidade de homens sob lei jurídica», «pertencendo estas leis à vontade reunida do povo»[23]. O Estado de direito kantiano concebe-se *a priori* como um «Estado de Razão»: ele é uma exigência universal da razão porque assegura a coexistência livre através do direito; este, por sua vez, entende-se como normatividade racional, dado que a «razão constitui o único fundamento da legislação positiva».

2. *"Estado de polícia" mas não "Estado polícia"*

A doutrina constitucionalista do liberalismo inicial[24] aproveitará o impulso filosófico para situar o Estado de direito como um Estado oposto ao Estado de Polícia, para o caracterizar como um Estado à medida da liberdade do indivíduo, na qual a lei e a administração não constituem um instrumento autoritário de *Policey* mas o fundamento de uma *ordem* de liberdade[25]. Todavia, diz-se, o Estado de Direito não era ainda, nesta altura, visualizado como uma simples *forma* do actuar estadual, mas como uma *espécie* ou *forma* de Estado *(Staats-gattung):* um «Estado da Razão *{Staat der Vernunft,* na formulação de WELCKER), OU *Verstandesstaat* («Estado de entendimento ou de inteligência», na expressão de MOHL). Este Estado regia-se pela vontade racional geral e visava a prossecução do bem geral. Numa palavra: o Estado de Direito era um *Estado de Direito Material.* Mas em que consiste a «matéria» deste Estado de Direito Material? O ponto permanece muitas vezes obscuro. Em síntese, poder-se-á

[20] Cfr. SCHEUNER, *Entwicklung,* cit., p. 229; F. SCHNEIDER, «Die politische Komponente der Rechtsstaatsidee in Deutschland», in *Aus Politik und Zeitgeschichte,* B/40/68, pp. 4 ss.

[21] Cfr. E. R. HUBER, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industrie-gesellschaft,* 1969; FORSTHOFF, *Rechtsstaatlichkeit,* cit., p. 594.

[22] Nesta teorização filosófica tiveram papel de relevo W. HUMBOLDT, FICHTE e, sobretudo, KANT. Cfr. SCHAMBECK, p. 16; SCHEUNER, *Entwicklung,* p. 239. G. DIETZE, *Kant und der Rechtsstaat,* 1982, pp. 61 e ss. A diversidade de planos em que se move a teoria kantiana é posta em relevo por A. PÉREZ LUNO, «Sobre el Estado de Derecho...», cit., pp. 53 ss.

[23] Esta formulação encontra-se em *Die Metaphysik der Sitten.* Cfr. KANT, *Werkausgabe,* Vol. III, org. de W. WEISCHEDEL, Frankfurt/M, 1977, p. 341.

[24] Entre outros, salientam-se os nomes de WELCKER, K. V. ROTTECK, R. V. MOHL, embora com concepções diferentes. Cfr. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung,* cit., pp. 66 ss.

[25] Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público,* cit., p. 164.

dizer que o Estado de Direito Material era concebido como um Estado de Direito racional *(Vernunftsrechtstaat),* ou seja, um Estado que realiza e efectiva os princípios racionais (como eles eram formulados na tradição da doutrina jusracio-nalista), na comunidade dos homens e para esta mesma comunidade[26]. Em dedução analítica, a caracterização poderá arrumar-se da seguinte maneira: I) O Estado é jusracionalisticamente entendido. Afastam-se ideias transpessoais do Estado como instituição ou ordem divina, para se considerar apenas a existência de uma *res publica* no interesse dos indivíduos. Ponto de partida e de referência é o indivíduo autodeterminado, igual, livre e isolado; II) Limitação dos fins e tarefas do Estado à garantia da *liberdade* e segurança da pessoa e da *propriedade* individual; III) Organização e regulamentação da actividade estadual segundo princípios racionais de modo a construir uma *ordem estadual justa:* reconhecimento dos direitos individuais, garantias dos direitos adquiridos, independência dos juizes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no poder legislativo; IV) *Conceito de lei* como eixo da concretização constitucional do Estado de direito. Tratava-se de um *conceito unitário* (não unilateralmente formal ou material), pois ele continha uma dimensão material intrínseca e uma dimensão formal-processual. Em princípio, a lei era a *norma jurídica geral* que, mediante a aprovação da representação popular e mediante a adopção de um processo crítico de *discussão e publicidade,* garantia a liberdade civil burguesa; V) Esta lei é juridicamente vinculante para a administração *(princípio da legalidade da administração)*[21].

3. O trânsito para o Estado de direito formal

Ao conceito jurídico-material de Estado de direito que, como foi assinalado, associava a lei à ideia de justiça material e, de alguma forma, ao pensamento democrático (a lei como produto da vontade geral), seguiu-se um conceito de *Estado de direito formal.*

Esta formalização não segue um processo linear mas pode afirmar-se ter o Estado de direito formal adquirido os contornos definitivos sob a influência decisiva do *positivismo jurídico-estadual.* O Estado de direito reduziu-se a um «sistema apolítico de defesa e distanciação perante o Estado»[28]. Porém, esta apoliticidade formal não era mais que o acentuar da *componente burguesa* do Estado de direito. A partir dela se desenvolveu a construção do *princípio da legalidade da administração,* com o qual, no fim da sua trajectória, se veio identificar o Estado de direito.

Resumiremos alguns passos importantes desta evolução. O ponto de partida ou, pelo menos, um dos momentos importantes da teorização do Estado de

[26] Cfr., aproximadamente, Böckenförde, *Entstehung,* cit., p. 66.

[27] Sobre estes princípios cfr. Böckenförde, *Entstehung,* cit., p. 70. Note-se que, nesta altura, o conceito de lei geral era já um compromisso da *ideia democrática* (lei, produto da vontade geral) com a *ideia liberal,* expressa no abandono de tarefas sociais positivas através da legislação. Cfr. J. Maus, *Entwicklung,* cit., p. 18.

[28] Cfr. Smend, «Biirger und Burgeois», in *Staatsrechtliche Abhandlungen,* 2ª ed., 1%8, p. 314.

direito, é a *Filosofia do Direito* de STAHL, onde se afirmava que, em geral, o Estado de direito não significava o fim ou o conteúdo do Estado, mas apenas a espécie e o carácter de realização do mesmo[29]. Portanto, não o fim e o conteúdo, mas apenas a *forma* do exercício do poder deve ser determinada pelo direito so.

A *teoria liberal do Estado de direito* (MOHL, GNEIST, RONNE, BÄHR) continuará nesta via (embora com nuances diversas), insistindo BÄHR no *Justizstaat (Estado de Justiça)* e GNEIST na *Verwaltungsgerichtsbarkeit* (justiça administrativa) e na *Selbstverwaltung* (administração autónoma)[31], como elementos essenciais do Estado de direito.

A teoria do Estado do constitucionalismo tardio, profundamente marcada pela filosofia hegeliana do Estado, sob o domínio do positivismo jurídico, acabará por postergar qualquer «raciocínio político» na constituição jurídica: elimina a ideia de fim do conceito jurídico de Estado e preocupa-se apenas com os seus momentos formais[32]. Estes *momentos formais* podem sintetizar--se: (1) *desvinculação* institucional do Estado da ideia de realização de quaisquer fins materiais; (2) acentuação da dimensão distanciadora da esfera livre dos cidadãos, na qual só a lei podia intervir ou autorizar a intervenção *(reserva de lei, prevalência da lei);* (3) enquadramento legalístico da administração e alicerçamento do *princípio da legalidade da administração.*

As *funções políticas e sociais* deste Estado de Direito formal têm sido salientadas: *a)* afirmação da burguesia, não como um conglomerado de indiví-

[29] Cfr. F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts,* 1837 (reimpressão, Darmstadt, 1963), p. XXIX: «O Estado deve ser um Estado de direito; esta é a solução e também, na realidade, a evolução da época moderna. Ele deve determinar com precisão e garantir inquebrantavelmente, sob a forma do direito, as linhas e os limites da sua actuação; deve realizar directamente a ideia ética do Estado, o que em geral ele significa, não o fim e o conteúdo do Estado, mas apenas a espécie e o carácter de realização do mesmo.»

[30] Era portanto já a cobertura jurídica do poder do Estado *«Junker-burguês».* Como se pode ver na nota anterior, não é correcto, porém, identificar Stahl com uma teorização puramente formal. A ideia conservativo-cristã do Estado ético apontava ainda para os fins do Estado. Cfr. PETER V. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus,* Frankfurt/M, 1974, pp. 42 ss.; J. MAUS, *Entwicklung,* cit., p. 71 ss. Posição paralela se encontra em V. MOHL, que aponta para uma perspectiva não abstencionista nem individualista de Estado. Cfr., por último, F. de SANCTIS, «Robert von Mohl: una critica liberale aH'individualismo», in *RIFD,* LIII, 1976, pp. 31 ss. Todavia, o Estado ético era também a justificação do poder monárquico, pois «o governo do Estado (ou soberano), como autoridade ética superior, colocada acima e sobre os súbditos», tendia a identificar-se com o próprio Estado, isento de controlo. Cfr. R. MEISTER, *Das Rechtsstaatsproblem,* cit., p. 35.

[31] Estes pontos específicos não são, como é natural, desvinculados da realidade política da Alemanha: confrontação entre a burocracia judicial e administrativa, como expressão da luta da burguesia para o domínio do poder político e da administração burocrática, um e outra dominados pelas forças dos «Junkers» e da grande burguesia. Cfr. U. K. PREUSS, «Nachtrage zur Theorie des Rechtsstaates», in *Der burgerliche Rechtsstaat,* cit., pp. 82, 93 ss. Neste ponto, ver ainda K. MARX, «Kritik des Gother Programms», in MARX-ENGELS, *Werke,* Vol. 19, Berlin, 1962, p. 29.

[32] Cfr. também ROGÉRIO SOARES, *Direito Público,* cit., p. 166.

duos, mas como corpo político que, através do Estado de direito, visa não propriamente a emancipação burguesa perante o Estado mas o próprio fundamento burguês do Estado[33]; *b)* através do Estado de direito formal, a burguesia assegura a distribuição conservadora dos bens existentes (institutos jurídicos dessa distribuição: propriedade privada, contrato, liberdade de profissão e de empresa), não permitindo a sua inversão no sentido de fins sociais[34]; c) através do método jurídico exclui-se qualquer crítica intrínseca à ordem social e política existente[35]; *d)* através da garantia de distanciação perante o Estado ocultava-se, consciente -mente, a possibilidade de concentração de poderes não estaduais (monopólios) e a desprotecção de camadas cada vez mais numerosas da população[36].

4. O Estado de direito como Estado de legalidade administrativa

A formalização do Estado de direito explica, em parte, que a doutrina se viesse concentrar, no plano jurídico-científico, na análise da vinculação jurídica da administração e do seu possível controlo pelos tribunais. Os *princípios da legalidade da administração e da fiscalização judicial* são os *leitmotiv* que explicarão a afirmação de OTTO MAYER: o Estado de Direito é o «direito administrativo bem ordenado» *(wohlgeordneten Verwaltungsrecht)*[37]. Importante para a concretização do Estado de Direito era a definição das relações lei-admi-

[33] Cfr., por ex., SMEND, *Biirger und Burgeois,* cit., p. 314. Mais do que um *«burgerliche Rechtstaat»* tratava-se de um *«burgeoisen Rechtsstaat».* Na doutrina espanhola cfr. as recentes aclarações de J. PÉREZ ROYO, «El projecto de constitution dei Derecho Publico como ciência en la doctrina alemana dei siglo XIX», in *REP,* 1978, pp. 1 ss e 67 ss; LUCAS VERDU, «Estado de Derecho y Justicia Constitucional,...», cit. pp. 7 ss.

[34] Cfr., por ex., BÓCKENFORDE, *Entstehung,* cit., p. 76; U. K. PREUSS, «Nachtrage», cit., p. 96; K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte,* p. 71.

[35] Cfr. K. D. SALOMON, *Der soziale Rechtsstaat,* Bonn, 1963, p. 19; F. NEUMANN, «Rechtsstaat», in *Der Burgerliche Rechtsstaat,* cit., p. 122. Este autor escreveria: «Igualdade jurídica dos proletários, igualdade política, mas não liberdade social e económica, são os fundamentos do Estado de direito burguês.» O processo foi logo analisado por dois autores tão diferentes como K. MARX e L. V. STEIN, que anotaram as profundas desigualdades sociais e económicas a que conduziu o credo burguês do livre desenvolvimento da personalidade através do capital — *kapitalbildente Persònlichkeit.* Cfr. BÓCKENFORDE, *Entstehung,* cit., p. 77; K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte,* pp. 53 ss.; U. K. PREUSS, «Sul contenuto di clase delia teoria tedesca dello stato di diritto», e R. WIETHOLTER, «Gli interesse dello Stato di diritto borghese», in P. BARCELONA, in *L 'uso alternativo dei diritto,* Bari, 1973, Vol. I, pp. 50 ss.

[36] Cfr. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates,* p. 20; K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte,* pp. 61 ss.

[37] Cfr. OTTO MAYER, *Verwaltungsrecht,* Vol. I, pp. 58 ss. Cfr. a evolução em J. CHEVALLIER, *L 'élaboration historique du príncipe de séparation de la juridiction odministrative et de Vadministration active,* Paris, 1970, pp. 48 ss.

nistração-indivíduo. THOMA[38], em 1910, salientará: «o princípio da legalidade da administração é o fundamento do moderno Estado de direito».

Mas o princípio da legalidade da administração não era ainda (segundo THOMA) a realização do Estado de direito. Para além dele, seria necessária a criação de uma legislação que determinasse os limites da actividade estadual, recortasse precisamente a esfera livre dos cidadãos e criasse para eles garantias seguras. O «programa da ciência do direito administrativo» era pois: (1) *princípio da legalidade da administração,* exigindo-se que a administração não actuasse contra a lei *(contra legem)* nem sem fundamento legal *(praeter legem, ultra legem);* (2) princípios da *prevalência da lei (Vorrang des Gesetzes)* e da *reserva de lei (Vorbehalt des Gesetzes);* (3) *controlo judicial dos actos administrativos* através de tribunais independentes; (4) *consagração da responsabilidade do Estado* e dos funcionários por danos causados por factos ilícitos no cumprimento das suas tarefas *(Staatshaftung)* [39]. A partir deste «programa» era, na realidade, possível, pugnar pelo aperfeiçoamento material da legislação administrativa, pela limitação do poder regulamentar, pela melhor caracterização do poder discricionário da administração, pela extensão da protecção jurídica. Todas estas dimensões são pontos positivos que, como se irá ver, surgem hoje recolhidos pela teoria do Estado de direito. Todavia, este «exercício» de afinação do princípio da legalidade da administração relegava para plano secundário, ou deixava mesmo intocados e intocáveis os pilares políticos institucionais do Estado. Suprimindo-se qualquer referência ao conteúdo jurídico--material da legislação, claudicando-se na inserção jurídico-constitucional da administração, a legalidade transformava-se em fundamento de um Estado de direito que, por sua vez, era a «casca» vazia dessa mesma legalidade.

Um papel nocivo, semelhante ao da redução administrativa do Estado de direito, foi desempenhada pela teoria kelseniana. Arrancando da *identidade do Estado e do direito,* KELSEN seria conduzido à consequência extrema de que qualquer Estado é um Estado de Direito: o «Estado é como o Rei Midas, tudo o que apanha transforma em direito». Esta «normocracia» vazia não conduziu, como KELSEN pensava, ao ideal de democracia como *«Fiihrerlosigkeit»,* antes levou uma parte da juventude e dos juristas a procurar novos fundamentos éticos na ideia de ditadura.

Sobre as consequências desta posição e do constitucionalismo positivista de Weimar cfr., por ex., DENNINGER, *Staatsrecht,* Vol. I, 1973, Frankfurt/ /M, p. 100. Hoje, volta novamente a questionar-se a censura que se dirige aos constitucionalistas positivistas (ANSCHUTZ, THOMA) e à Teoria Pura (KELSEN) como tendo dado cobertura teórica ao nazismo. Chama-se a atenção para o facto de a insistência de alguns autores (ex.: THOMA) na prevalência da lei e na reserva da lei, bem como no princípio da legalidade da administração, poder arrancar da crença democrática (e alguns positivistas conservaram-se fiéis ao credo democrático) de que a lei, como instrumento da vontade geral, era um instrumento de paz e até de transformação. A formalização legalística era, de

[38] Cfr. THOMA, «Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft», *Jahrbuch des óffentlichen Rechts der Gegenwart, 1910, Vol. IV = Der Burgerliche Rechtsstaat,* Vol. II, p. 504.

[39] Cfr. THOMA, *Rechtsstaatsidee,* cit., p. 513.

certo modo, a expressão do princípio democrático. Através da democratização do poder de decisão, através da valorização política do parlamento, seria possível um processo de transformação democrática por intermédio da lei. Cfr. THOMA, *Rechtsstaatsidee,* cit., p. 513; J. MAUS, *Entwicklung,* pp. 36 ss.

A doutrina administrativa portuguesa parece-nos que aceitou, de certo modo, o «programa» apontado por OTTO MAYER e THOMA à ciência do direito administrativo. Os trabalhos mais importantes incidiram no aprofundamento teórico do princípio da legalidade da administração: AFONSO QUEIRÓ, *O problema do poder discricionário da administração,* Coimbra, 1945; ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito,* Coimbra, 1955; GONÇALVES PEREIRA, *Erro e ilegalidade no acto administrativo,* Lisboa, 1962; FREITAS DO AMARAL, *A execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos,* Lisboa, 1967; ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos,* Lisboa, 1969. Veja-se, porém, o livro de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica,* Coimbra, 1969, onde este autor avança na *mise au point* da problemática juspublicística actual. Uma evolução na impostação teórica do problema do Estado de direito visualiza-se já em AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, *A Liberdade de empresa e a Constituição,* Coimbra, 1968, embora nesta obra se pressuponha a caracterização do Estado Corporativo de 1933 como «Estado de Direito» e até como «Estado Social», o que não pode deixar de se considerar inaceitável. Neste sentido cfr. já as nossas considerações em «Estado Social», in AVELÃS NUNES e outros, *Capitalismo Português,* Coimbra, 1972. Cfr. também SCHEUNER, *Entwicklung,* p. 186; BAPTISTA MACHADO, *Participação,* cit., p. 97; VITAL MOREIRA, *A Constituição,* cit., pp. 19 ss.; J. MIRANDA,/! *Constituição,* cit., pp. 473 ss. Por último, reapreciando o princípio da legalidade nos quadros actuais do Estado de direito cfr. a tese de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos,* Coimbra, 1988, pp. 2 ss.

II — Dimensões fundamentais do princípio do Estado de direito

Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implicita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais sub-jacentes a este princípio da seguinte forma: (1) juridicidade; (2) cons-titucionalidade; (3) direitos fundamentais.

1. Juridicidade[40]

a) *Matéria, procedimento, forma*

O princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a dou-

[40] Para uma aproximação ao conceito de juridicidade cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estado do Direito,* 496; «Interpretação Jurídica», in *Polis,* p. 666.

trina alemã refere-se a *material-verfahrenmässiges Formprinzip),* que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do Estado. Ao «decidir-se» por um Estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito.* Mas o que significa *direito* neste contexto? A clarificação do sentido de «direito» ou «medida do direito» é, muitas vezes, perturbada por pré-compreensões (ideológicas, religiosas, políticas, económicas, culturais), mas, de forma intencionalmente expositiva, podemos assinalar as seguintes premissas básicas [41]. O direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *medidas ou regras,* prescreve *formas* e *procedimentos* e cria *instituições.* Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material* e *forma* da vida colectiva (K. Hesse). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça,* da efectivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma,* ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais, de modo a evitar acções e comportamentos dos poderes públicos arbitrários e irregulares. As palavras plásticas de Jhering são aqui recordadas: «a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gémea da liberdade». Como medida e forma da vida colectiva, o *direito* compreende-se no sentido de uma *ordem jurídica global* que «ordena» a vida política (especificamente através do direito constitucional), regula relações jurídicas civis e comerciais (através do direito civil e comercial), disciplina o comportamento da administração (direito administrativo), sanciona actos ou comportamentos contrários ou «desviantes» da ordem jurídica, designadamente por lesões graves do bens constitucionalmente protegidos (direito criminal), cria formas, procedimentos e processos para «canalisar, em termos jurídicos», a solução dos conflitos de interesses públicos e privados (direito processual, direito procedimental).

b) *Distanciação / diferenciação*

A ideia de ordenação através do direito implica a conexão de *dimensões objectivas* (direito objectivo) com *dimensões subjectivas*

[41] Cfr. G. Tarello, «Organizzazione giuridica e societá moderna», in S. Casti-gnone / R. Guastini / G. Tarello, *Introduzione teórica alio studio dei diritto,* Génova, 5.ª ed., 1988, pp. 5 ss.

(direitos subjectivos). As regras de direito estabelecem padrões de conduta ou comportamentos (direito objectivo), mas garantem também uma *distanciação* e *diferenciação* do indivíduo através do direito perante os poderes públicos, assegurando-lhes um estatuto subjectivo essencialmente caracterizado pelo catálogo de direitos, liberdades e garantias pessoais. O Estado de direito é uma *forma de Estado de distância* (KLOEPFER), porque garante os indivíduos perante o Estado e os outros indivíduos, além de lhes assegurar, positivamente, um irredutível espaço subjectivo de autonomia marcado pela *diferença* e individualidade [42]. A caracterização do Estado de direito como «Estado de diferença e distanciação» através do direito não significa uma antinomia entre direito e Estado, pois a função do direito num Estado de direito material não é apenas negativa ou defensiva, mas *positiva:* o direito deve assegurar, também positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, económica e cultural. Neste sentido se afirma que o Estado de direito não se concebe, hoje, como «Estado anti-estadual» (HESSE), nem a constituição económica do Estado de direito ficou «prisioneira» de um mero liberalismo económico (SCHMIDT-ASSMANN).

c) *Função apelativa*

A fórmula «Estado de direito» pode desempenhar também uma *função apelativa.* Nesta perspectiva, o direito que informa a juridi-cidade estadual aponta para ideia de *justiça,* para a ideia de uma ordem estadual justa, isto é, uma ordem de domínio dotada de *legitimidade* plena. Isto não significa que as exigências de justiça inerentes a um Estado de direito material devam procurar o seu fundamento em juízos de valor subjectivos ou em princípios suprapositivos; elas devem ser ancoradas, em primeiro lugar, nos princípios e regras da constituição [43]. Todavia, a função apelativa do «direito» ganha ou pode ganhar uma dimensão fortemente acentuada quando os momentos materiais e formais do Estado de direito se convertem em *padrões de legitimidade* de acordo com os quais se afere o carácter justo ou injusto de uma ordem estadual e de uma ordem constitucional (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4.°).

[42] Cfr. QUERMONNE, *Des Regimes politiques occidentaux,* Paris, 1986, p. 106.

[43] Cfr. E. BENDA, *Handbuch des Verfassungsrechts,* p. 480 ss.

2. Constitucionalidade
O Estado de direito é um *Estado constitucional.* Pressupõe a existência de uma constituição que sirva — valendo e vigorando — de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas — como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito — uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* — supremacia da constituição — e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o *«primado do direito»* do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão [44].
Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do Estado de direito.
a) *Vinculação do legislador à constituição*
A vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabi-lidade de as leis terem a forma e seguirem o processo constitucional-mente fixado para se considerarem, sob o ponto de vista *formal* e *orgânico,* conformes com o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um *parâmetro material intrínseco* dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes à constituição. A proeminência ou supremacia da constituição manifesta-se, em terceiro lugar, na *proibição de leis de alteração constitucional,* salvo as leis de revisão elaboradas nos termos previstos pela lei constitucional (cfr. arts. 164.°/a e 284.° a 289.°).
b) *Vinculação de todos os restantes actos do Estado à constituição*
O princípio da conformidade dos actos do Estado com a Constituição é mais amplo que o *princípio da constitucionalidade das leis.*
[44] Sobre este princípio estruturante do Estado de direito cfr. HESSE, *Grundzuge,* p. 77; BENDA, «Der soziale Rechtstaat», in BENDA / MAIHOFER, *Handbuch,* p. 485; R. WAHL, «Die Vorrang der Verfassung», in *Der Staat,* 1 (1989), pp. 485 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat», in ISENSEE / KIRCHHOF, *Staatsrecht,* I, p. 1002.

Ele exige desde logo conformidade intrínseca e formal de todos os actos dos poderes públicos (em sentido amplo: Estado, poderes autónomos, entidades públicas) com a constituição. Mesmo os actos não normativos directamente densificadores de momentos políticos da Constituição — actos políticos — devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controlo (político ou jurídico) de conformidade (cfr. art. 3.73). Finalmente, o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de actos que não violem positivamente a constituição; também a *omissão* inconstitucional, por falta de cumprimento das imposições constitucionais ou das ordens de legislar, constitui uma violação do princípio da constitucionalidade (cfr. art. 283.°).

c) *O princípio da reserva da constituição*

O princípio da supremacia da constituição exprime-se também através da chamada *reserva de constituição (Verfassunsvorbehalt).* Em termos gerais, a *reserva de constituição* significa que determi-nadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias mas sim pela constituição. Esta reserva de constituição articula-se com a *liberdade de conformação do legislador,* ou seja, um espaço de conformação atribuído ao legislador e que significa não ter querido a constituição submeter o órgão legife-rante a tarefa de mera execução.

A afirmação de uma reserva de constituição (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4, A) concretiza-se sobretudo: (a) na *definição do quadro de competências,* pois as funções e competências dos órgãos do poder político devem ser exclusivamente constituídas pela constituição, ou seja, todas as actividades do poder político devem ter fundamento na constituição e reconduzir-se às normas constitucionais de competência, e daí que o princípio fundamental do Estado de direito democrático não seja o de que o que a constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os *órgãos do Estado só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite* (cfr. art. 114.72); (b) no âmbito dos *direitos, liberdades* e *garantias,* a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas directamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização expressa e nos casos expressamente previstos pela constituição (cfr. art. 18.72).

A constituição é, sem dúvida, uma *constituição parcial* no sentido de que não pode aspirar a uma normação completa da chamada

«constituição material», mas é uma *constituição total (Vollverfassung)* relativamente à competência dos órgãos constitucionais, pelo menos dos órgãos de soberania [45].

d) *Força normativa da constituição*

O princípio da constitucionalidade não equivale, como resulta do que se acaba de afirmar em c), a uma total normação jurídica feita directamente pela constituição. No entanto, quando existe uma normação *jurídico-constitucional* ela não pode ser postergada quaisquer que sejam os pretextos invocados. Assim, o princípio da constitucionalidade postulará a *força normativa da constituição* contra a dissolução político-jurídica eventualmente resultante: (1) da pretensão de prevalência de «fundamentos políticos», de «superiores interesses da nação», da «soberania da Nação» sobre a normatividade jurídico--constitucional; (2) da pretensão de, através do apelo ao «direito» ou à «ideia de direito», querer desviar a constituição da sua função normativa e substituir-lhe uma *superlegalidade* ou *legalidade de duplo grau,* ancorada em «valores» ou princípios transcendentes (PREUSS) (cfr. porém, *supra,* Parte **I,** Cap. 4).

3. Sistema de direitos fundamentais[46]

a) *Razão antropológica*

A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito (cfr. CRP, art. 1.°: «Portugal é uma República soberana baseada na *dignidade da pessoa humana»;* art.

[45] Em termos teoréticos-constitucionais, a reserva de constituição implica também a ideia de todos os poderes políticos serem conformados normalmente pela constituição, em vez de serem considerados como entidades pré-constitucionais às quais a constituição traria apenas limites jurídicos. Para a discussão de alguns problemas relacionados com a reserva de constituição cfr. W. SCHMIDT, in *AÓR,* n.° 106, pp. 497 ss; PEDRO CRUZ VILLALON, «Reserva de Constitucion?», in *REDC,* 9/1983, pp. 185 ss. Excluindo também a ideia de Constituição como «nova totalidade» («neue Totalitat») cfr. por último, SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat» in ISENSEE / KIRCHHOF, *Staatsrecht,* I, p. 1002.

[46] Cfr. o processo de subjectivização do direito, cfr. L. FERRY / A. RENAUT, *Philosophie Politique,* II *—Des Droits de Vhomme à Vidée republicaine,* Paris, 1985, p.72.

2.°: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na *garantia* de *efectivação dos direitos e liberdades fundamentais»).*
A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado «dignidade da pessoa humana». Pela análise dos direitos fundamentais, constitucio-nalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como *pessoa,* como *cidadão,* como *trabalhador* e como *administrado* (cfr. *infra,* Padrão II). Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito «fixista», filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido «cristão e/ou cristológico», em sentido «humanista-iluminista», em sentido «marxista», em sentido «sistémico», em sentido «behaviorista»)[47].
1. *Teoria de cinco componentes*
Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma «integração pragmática», susceptível de ser condensada da seguinte forma:
(1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como
dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável (CRP, arts. 24.°, 25.°, 26.°).
(2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade* (cfr. refracção desta ideia no art. 73/2.° da CRP).
(3) *Libertação da «angústia da existência»* da pessoa mediante
mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.°, 58.°, 63.°, 64.°).
(4) Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vin-culação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.
(5) *Igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social*
e na *igualdade de tratamento normativo,* (cfr. CRP, art. 13.°), isto é, igualdade perante a lei.
Esta «teoria de cinco-componentes» (Podlech) parece adequada às sugestões normativas da constituição e ao contexto jurídico-cultural

[47] Cfr. *Cu.* Starck, in Mangoldt / Klein / Starck, *Grundgesetz, Kommentar,* I, Art. 1. Em sentido diferente, Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 166 ss.

português. Além disso, fornece *tópoi* de concretizações, jurídico--judicialmente controláveis[48].

Parece-nos ser aqui — na garantia dos direitos fundamentais — e não apenas no problema da «autonomia» ou «independência» do indivíduo, que se deve colocar o «reduto antropológico» do Estado de direito. Até porque, como salienta PÉREZ LUNO, «na sua perspectiva histórica a teoria dos direitos fundamentais precedeu a formulação da noção de Estado de direito». Cfr. PÉREZ LUNO, «Sobre el estado de derecho y su significación constitucional», in *Sistema,* n.° 57 (1983). No mesmo sentido do texto, pondo em relevo que a garantia de apenas alguns dos chamados direitos do homem — sobretudo a propriedade e a liberdade civil — conduziu fundamentalmente à estruturação de uma ordem de domínio estadual e à segurança do *status quo* social cfr., por último, GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte,* cit., p. 74. Cfr. também P. REYNAUD «Des Droits de 1'Homme á 1'État de droit. Les droits de 1'homme et leurs garanties chez les theoriciens trançais classiques de droit public», in *Droits* 2/1985, pp. 61 ss.

4. Divisão de poderes

As três dimensões anteriormente analisadas — juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais — indiciam já que o princípio do Estado de direito é informado por duas ideias ordenadoras:

(1) ideia de *ordenação subjectiva,* garantindo um *status* jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais;

(2) ideia de *ordenação objectiva,* assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante *o princípio da divisão de poderes* (cfr. *supra,* Parte I, cap. 4, e *infra,* Parte IV, Padrão III).

Estas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tónico caberá agora à ordenação funcional objectiva do Estado de direito.

[48] Cfr. por todos, A. PODLECH, comentário ao art. 1.° do *Alternativ-Kommentar* da *Grundgesetz.* Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, IV,* p. 266 ss. Uma «semântica critica» do princípio da dignidade da pessoa humana ver-se-á em HENRIQUE MEIRELES, *Marx e o Direito Civil,* Coimbra, 1989 (polia), pp. 409 ss., 449. Apelando também para os direitos fundamentais como elemento decisivamente legitimante do Estado, cfr. LUZIA CABRAL PINTO, *Limites do Poder Constituinte,* Coimbra, 1989 (polic).

4.1 *Dimensão negativa e dimensão positiva: limite do poder e responsabilidade pelo poder*

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como «divisão», «controlo» e «limite» do poder — dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas [49]. O princípio da separação como forma e meio de *limite do poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do Estado (K. Hesse alude aqui a *«Mässigung der Staatsmacht»)* e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado [50]. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder [51]. Cfr. *infra,* Parte **III,** Padrão III, e, no plano jurispru-dencial, o Ac TC 25/84, DR, II, 4-4-84.

4.2 *Relevância jurídico-constitucional*

a) *Princípio jurídico-organizatório*

Duas ideias básicas continuam a estar subjacentes à *separação funcional* dos órgãos constitucionais. Uma, é da ordenação de funções através de uma ajustada atribuição de competências expressa na fixação clara de regras processuais e na vinculação à *forma jurídica* dos poderes a quem é feita essa atribuição. Nessa perspectiva, ou seja, como *racionalização, estabilização* e *delimitação* do poder estadual, a separação dos poderes é um *princípio organizatório fundamental da*

[49] Cfr. K. Hesse, *Grundzuge,* p. 185, 482; Stern, *Staatsrecht,* II, p. 546.

[50] Cfr. Gomes Canotilho, «A Concretização da Constituição pelo Legislador e Pelo Tribunal Constitucional», in Jorge Miranda (org.), *Nos dez anos da Constituição,* p. 352; Nuno Piçarra, *A Separação de Poderes como doutrina e como prin-°ípio constitucional,* Coimbra,1988, p. 262.

[51] Cfr. por último, Schmidt-Assmann, «Der Rechtsstaat», p. 1012.

Constituição [52]. É o sentido presente no art. 114.° da CRP. O carácter constitutivo da separação constitucional de competências justifica os termos restritivos das *delegações de competências* dos órgãos de soberania (cfr. art. 114.72). A delegação indiscriminada de competências constituiria uma porta aberta para a dissolução da *ordenação democrática das funções,* constitucionalmente estabelecida (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão III). Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder *(cheks and balances)* e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder.

A ordenação funcional separada deve entender-se como uma *ordenação controlante-cooperante de funções* [53]. Isto não se reconduz rigidamente a conceitos como «balanço de poderes» ou «limitação recíproca de poder», nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e materiais. O que importa num Estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode *ser feito* e é feito de *forma legítima* (cfr., porém, *infra,* Parte IV, Padrão III).

b) *Princípio normativo autónomo*

A justeza de uma decisão pode justificar uma «compartimentação de funções» não coincidente como uma rígida separação orgânica. O exercício de poderes administrativos pelo parlamento (ex.: funções de polícia pelo seu presidente), o exercício de funções legislativas pelo Governo, o exercício de funções administrativas pelo juiz, são apenas exemplos de ordenação funcional não coincidente com arquétipos apriorísticos e que só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicada. Mas, se a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de «rupturas de divisão de poderes», já o mesmo não acontece quando o *núcleo essencial (Kernbereich)* dos limites de competências, constitucionalmente fixado, é objecto de violação. Aqui pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo* e *sanção,* definido no texto constitucional. É, por exemplo, o que se poderá passar com a *deslocação* da protecção jurí-

[52] Cfr. Hesse, *Grundziige,* cit., pp. 194 ss. e, entre nós, Nuno Piçarra, A *separação dos poderes,* cit., p. 262.
[53] Cfr. Achterberg, *Probleme,* p. 109.

dica dos tribunais para outro órgão (ex.: a apreciação de arbitrariedades do executivo pelo parlamento em substituição dos tribunais pode conduzir a que o parlamento confirme as próprias arbitrariedades do governo, sobretudo nas hipóteses de governos maioritários; um pedido de inquérito parlamentar às actividades de um município é susceptível de deslocar uma função constitucional do governo — exercer a tutela sobre a administração autónoma nos termos 202.71 da CRP — para o seio do parlamento; a reiterada utilização de «leis-concretas» pela assembleia legislativa pode significar a prática de actos administrativos sob a forma de leis). Nestes casos, o princípio da separação pode funcionar como *princípio normativo autónomo,* conducente à declaração de inconstitucionalidade[55] (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão III, A, I e II).

c) *Princípio fundamentador de incompatibilidades*

A problemática levantada no número anterior tem algo a ver com o problema da chamada *divisão* ou *separação pessoal de poderes ou funções.* A separação organizatória-funcional pressuporia uma separação pessoal. Isto é particularmente acentuado no que respeita aos titulares da função judicial. Quanto à separação pessoal governo--parlamento, tende hoje a considerar-se, sobretudo nos Estados de partidos maioritários, que não há rigorosa delimitação entre parla-mento-governo, mas entre governo (parlamentar-executivo) e oposição. De qualquer modo, um completo entrelaçamento pessoal de funções executivas e parlamentares é evitado através do *princípio da incompatibilidade* entre *cargo* (executivo) e *mandato* (parlamentar) (cfr. arts. 135.72, 157.71, *163.°/l/a* e 218.°). Posterga-se, pois, qualquer união pessoal de funções.

[55] Cfr. Wolff-Bachof, *Verwaltungsrecht,* I, cit., § 16, Ilb. Em sentido crítico cfr. N. Achterberg, *Probleme,* cit., p. 230. Problema será o de se saber em que consiste o núcleo essencial de competência. Os critérios geralmente invocados — a intenção, intensidade ou «quantidade» do desvio das competências constitucional-mente fixadas — podem novamente conduzir-nos às discussões relativamente infru-tuosas da caracterização material das funções. Cfr., por último, as observações críticas de G. Zimmer, *Funktion-Kompetenz-Legitimation,* 1979, pp. 23 ss. Cfr. *infra,* Padrão III, Cap. 11, A, I e II, e Nuno Piçarra, «A separação dos poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos», in Jorge Miranda, (org), *Nos dez anos de constituição,* p. 164.

5. Garantia da administração autónoma local

Quem tiver presente a evolução da ideia do Estado de direito terá verificado que, sobretudo a partir de GNEIST, o tema da administração autónoma foi introduzido na discussão do Estado de direito[56]. Hoje há também defensores da *garantia da administração municipal autónoma* como um elemento constitutivo do Estado de direito [57]. A história mostra ser o problema da administração autónoma uma questão estreitamente conexionada com o *princípio democrático* [58]. Não é tão clara a sua ligação com o princípio do Estado de direito. A Constituição Portuguesa aponta também para a conexão da administração autónoma com o princípio democrático da *organização do Estado* (cfr. arts. 6.° e 237.71).

Não obstante a configuração da autonomia local não se traduzir, hoje, numa simples auto-organização da sociedade como contrapoder do Estado, o princípio da garantia da autonomia local terá a ver com o Estado de direito sobretudo nas dimensões de *autonomia normativa* (cfr. art. 242.° sobre a competência regulamentar) e de *garantia constitucional* que assegura aos municípios um espaço de conformação autónoma, cujo *conteúdo essencial* não pode ser destruído pela administração estadual[59]. Foi este conteúdo essencial que o regime de 1933 destruiu ao transformar a autonomia local em administração indirecta do Estado.

[56] Cfr. *supra,* B, I, 3.

[57] Cfr. E. STEIN, *Staatsrecht,* cit., p. 53.

[58] As origens do conceito são várias: doutrina do *pouvoir municipal* (4.° poder, ao lado do legislativo, executivo e judicial, Constituição belga, 1831), doutrina da *décentralisation* (contra o centralismo napoleónico), doutrina do *self government* inglesa (administração como forma de autogoverno entre o Estado e a sociedade) e a doutrina do *cooperativismo* ou *associação* (contra a burocracia). Cfr. ENGLI-MAUS, *Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland,* 1975.

[59] Cfr. J. BURMEISTER, *Verfassungstheoretische Neukonzeption der (kommuna-len) Selbstverwaltungsgarantie,* 1977, p. 5 ss. Entre nós, cfr. o recente e penetrante apuramento conceituai de BAPTISTA MACHADO, *Participação,* cit., pp. 1 ss. Sobre a autonomia regional cfr., por último, F. AMÂNCIO FERREIRA, *As regiões autónomas na Constituição Portuguesa,* Coimbra, 1980. Concretamente, sobre o poder local cfr. VITAL MOREIRA, «AS regiões, a autonomia municipal e a unidade do Estado», in *Poder Local,* n.° 3, Set.-Out., 1977, pp. 11 ss; JORGE MIRANDA, A *Constituição,* cit., pp. 451 ss.; *Manual de Direito Constitucional,* Vol. III, pp. 61 ss.

III — O princípio do Estado de direito democrático na Constituição de 1976

1. A Constituição e o princípio do Estado de direito

A não ser no Preâmbulo, a Constituição de 1976 não fazia qualquer alusão expressa a Estado de direito. No articulado encontrava-se a fórmula *legalidade democrática.* Depois da revisão de 1982, a fórmula «Estado de direito democrático» encontra-se já no art. 2.° e no art. *9°/b.*

A recusa da caracterização do Estado como um Estado de direito assentou no carácter ambivalente e equívoco da ideia de Estado de direito [60]. Uns, notara já Engels, pensavam no Estado de direito como «expressão idealizada da sociedade burguesa»; outros julgavam que, através da ideia de Estado de direito, conseguiriam travar a tendência rasgadamente conformadora (social e económica) do Estado; outros, ainda, não se afastavam muito de concepções místicas, vendo no Estado de direito a manifestação da «ideia fundamental do direito, que está inscrita na alma» (E. v. Hippel) [61].

É historicamente correcto afirmar que a ideia do Estado de direito serviu para acentuar unilateralmente a dimensão burguesa de defesa da esfera jurídico--patrimonial dos cidadãos. Só que, uma coisa é a monodimensionalidade liberal do Estado de direito e a ideia inaceitável de um «Estado de direito em si», e outra, a ideia de um Estado de direito intimamente ligada aos princípios da democracia e da socialidade. Nessa perspectiva, a ideia de Estado de direito pode transportar um ideário progressista [62]. A mundividência constitucional que hoje se colhe vem demonstrar isto mesmo: a utilização do princípio do Estado de direito, não como «cobertura» de uma forma conservadora de domínio mas como princípio constitutivo da juridicidade estadual democrática e social (Abendroth).

Além de estar expressamente consagrado na constituição, o princípio do Estado de direito tem vindo a ser aplicado pela jurisprudência constitucional portuguesa como um princípio geral dotado de

[60] Cfr. também Jorge Miranda, *A Constituição de 1976,* pp. 496 ss; Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito,* pp. 203 ss.; Reis Novais, *O Estado de Direito,* Coimbra, 1987.

[61] Cfr. as incisivas considerações de Vital Moreira, «A Constituição e os seus críticos», in *Vértice,* 416/17 (1979) = Vital Moreira, *A Constituição e a Revisão Constitucional,* Lisboa, 1980, pp. 9 ss.

[62] Afastamo-nos, assim, de uma crítica marcadamente «esquerdista» do Estado de direito como a de Colletti, «Estado de Derecho y Soberania Popular», in *Para uma Democracia Socialista,* Barcelona, 1976, p. 12. Na doutrina espanhola podem ver-se posições próximas das do texto em Elias Diaz, «El Estado Democrático de Derecho y sus criticas izquierdistas», in *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático,* Madrid, 1982, pp. 149 ss.

um «mínimo normativo» capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos [63]. A forma normativa deste princípio tem potencialidades suficientes para justificar, por ex., a declaração, pelo Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, de um decreto-lei retroactivo.

2. Elementos formais e elementos materiais

O princípio do Estado de direito não é um conceito pré- ou ex-traconstitucional mas um conceito constitucionalmente caracterizado erigido em *forma de racionalização* de uma estrutura estadual-constitucional. No princípio de Estado de direito se conjugam elementos formais e materiais, exprimindo, deste modo, *a profunda imbricação entre forma e conteúdo* que a teoria do Estado de direito formal havia minimizado. Na exposição subsequente procurar-se-ão identificar alguns elementos, mas sem se fazer uma absoluta diferenciação entre elementos formais e materiais [64]. Todavia, para quem pretender manter estas categorias dir-se-á que, em geral, os elementos considerados como *momentos formais do Estado de direito* são: (1) *divisão dos poderes,* entendida como princípio impositivo da vinculação dos actos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida, e de uma ordenação relativamente separada de funções; (2) *princípio da legalidade da administração;* (3) *independência dos tribunais* (institucional, funcional e pessoal) e *vinculação do juiz à lei;* (4) *garantia da protecção jurídica* e *abertura da via judiciária,* para assegurar ao cidadão uma defesa sem lacunas.

Esta identificação clássica dos momentos formais do Estado de direito está longe de corresponder a uma completa «pontualização» dos momentos considerados fundamentais para assegurar a conformação de um Estado como autêntico Estado de Direito.

[63] Dentre os vários textos jurisprudenciais exemplificativos seleccionar-se-ão: Acórdão TC n.° 11/83, in *DR,* I, de 20-10-1983; Acórdão TC n.° 23/83, in *DR,* II, de 1-2-1984; Acórdão n.° 437 da Comissão Constitucional, in *BMJ,* n.° 314; Acórdão TC n.° 86/84, in *DR,* de 2-2-1985; Acórdão TC n.° 73/84, in *DR,* II, de 11-1-1985 (cfr. Ac. TC n.° 93/84, *DR,* 1,16-11-1984).

[64] Cfr. HESSE, *Grundzuge,* cit., p. 79; ZIPPELLIUS, *Allgemeine Staatslehre,* p. 287. Talvez por isso, LARENZ, *Richtiges Recht,* cit., p. 136, prefere falar em «princípios do Estado de direito em sentido estrito» *(rechsstaatliche Prinzipien im engeren Sinn).*

IV — O princípio de Estado de direito e os subprincí-pios concretizadores

1. O princípio da legalidade da administração

O *princípio da legalidade da administração,* sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação de poderes, foi erigido, muitas vezes, em «cerne essencial» do Estado de direito. Postulava, por sua vez, dois princípios fundamentais: o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei (Vorrang des Gesetzes)* e o *princípio da reserva de lei (Vorbehalt des Gesetzes).* Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei)[65]. De uma forma genérica, o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei apontam para a *vinculação jurídico--constitucional do poder executivo* (cfr., *infra,* Parte IV, Cap. 15).

2. Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos

O homem necessita de uma certa *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o *princípio da segurança jurídica* e o *princípio da confiança do cidadão.*

Estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos, postulando uma *teoria da legislação,* preocupada em racionalizar e optimizar os

[65] Sobre este assunto cfr. BADURA, «Rechtssetzung durch Gemeinden», *DÒV,* 963; MÁRIO ESTEVES, *Direito Administrativo,* pp. 113 ss. Sobre o problema da autonomia cfr. BAPTISTA MACHADO, *Participação,* cit., pp. 1 ss.; FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* p. 566; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* p. 263 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei,* 1987; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* p. 452; ROGÉRIO SOARES, «Princípio da legalidade e administração constitutiva», in BFDC, L VII, 1981, p. 169 ss.

teoria da legislação, preocupada em racionalizar e optimizar os *princípios jurídicos de legislação* [66] inerentes ao Estado de direito.

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: *princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras* **e** *densas* e o *princípio da protecção da confiança,* traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

2.1 *O princípio da precisão ou determinabilidade das leis*

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é a da *exigência de clareza das normas* legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal, pois um acto legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de:

— alicerçar *posições* juridicamente protegidas dos cidadãos;

— constituir uma *norma de actuação* para a administração;

— possibilitar, como *norma de controlo,* a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos (Ac. 285/92, DR, 17-8-92).

Como é de intuir, a natureza da lei — aberta ou indeterminada, precisa ou concreta — tem muito a ver com as relações legiferação-aplicação da lei. A inde-terminabilidade e abertura da lei poderá ser justificada pelo facto de o legislador se querer limitar a leis de direcção e deixar à administração amplos poderes de decisão. Isto já foi observado: a indeterminabilidade normativa significa, muitas vezes, delegação da competência de decisão. A determinabilidade ou indeterminabilidade é, pois, um problema de distribuição de tarefas entre o legislador e o aplicador ou executor das leis. O controlo destas «normas abertas» deve ser reforçado. Elas podem, por um lado, dar cobertura a uma

[66] Cfr., por todos, NOLL, *Gesetzgebungslehre,* Hamburg, 1972; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung,* Heidelberg, 1982; GOMES CANOTILHO, *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal,* Coimbra, 1988.

inversão das competêncías constitucionais e legais; por outro lado, podem tornar claudicante a previsibilidade normativa em relação ao cidadão e ao juiz. De facto, as cláusulas gerais podem encobrir uma «menor valia» democrática, cabendo, pelo menos, ao legislador, uma reserva global dos aspectos essenciais da matéria a regular. A exigência da determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadoras de restrição [67]. A aplicação prática do princípio da precisão e determinabilidade das leis pode ver-se no importante Ac. TC 285/92, DR, 1-17-8.

A exigência de densidade de regulamentação suficiente conexiona--se, assim, com a questão da *reserva de lei* e com o problema de saber em que medida o legislador pode confiar tarefas de normação a outras entidades diferentes das legiferantes. Isto significa a indissociabi-lidade da tarefa densificadora do fundamento e extensão do poder regulamentar. Em causa está sobretudo a natureza da autorização legal para o exercício de poderes discricionários pela administração e a natureza dos poderes da administração quando aplica cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

2.2 *Os princípios da segurança jurídica* e *da protecção da confiança*

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas [68]. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevoga-bilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.

[67] Cfr., por último, KUNIG, *Rechtsstaatsprinzip,* 1986, p. 400; SÉRVULO CORREIA, *A Legalidade,* pp. 53 ss.

[68] Cfr. V. GÖTZ, "Bundesverfassungsgericht und Vertrauenschutz" in FG--Bverfg, n, pp. 421 ss; B. PIEROTH, «Die neuere Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht zum Grundsatz des Vertrauenschutz", *JZ,* 1984, pp. 971 ss.

2.2.1 *Princípio da protecção da confiança*

2.2.1.1 *Proibição de pré-efeitos das leis*

É uma regra indeclinável do Estado de direito a que considera não poderem os actos legislativos e outros actos normativos produzir quaisquer efeitos jurídicos (pretensão de eficácia) quando não estejam ainda em vigor nos termos constitucional e legalmente prescritos *(proibição de pré-efeitos das leis).*

No chamado caso «Martelli», a extradição do cidadão italiano Roberto Martelli constitui um exemplo flagrante da violação do princípio da segurança e da confiança através de pré-efeitos. O Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 4-11-1981) decide aplicar ao caso a Convenção Europeia para Repressão do Terrorismo, não obstante ter reconhecido que a referida convenção não tinha entrado em vigor relativamente a Portugal. A doutrina aí defendida — pré-efeitos interpretativos de convenções internacionais já aprovadas para ratificação mas ainda não em vigor — ofende o princípio geral do Estado de direito democrático, além de violar claramente o art. 8.72. Vide acórdão do STJ de 4--11-81, *emRAE,* 1982, pp. 145 ss. Um caso de pré-efeitos legais inconstitucionais verificou-se também no caso debatido no acórdão do Tribunal Constitucional n.° 15/83, de 30/1/84, em que o Primeiro-Ministro pedia a fiscalização abstracta de um diploma ainda não publicado. O TC não configurou, porém, como questão de proibição de pré-efeitos, o caso em referência. Um outro caso que o TC não configurou como questão de pré-efeitos, mas em que se poderia discutir se não haveria uma violação do princípio da protecção da confiança (além da violação do art. 168°/2 da CRP) foi o da aprovação pelo Governo de um decreto-lei antes da publicação da correspondente lei de autorização legislativa (cfr. Ac TC 41/86, DR, II, 15-5-86, e 69/86, DR, II, 9-6-86).

2.2.1.2 *Proibição de leis retroactivas*

a) *Os pontos de partida*

O problema das leis retroactivas é uma das mais complexas questões da teoria geral do direito. Em termos *jurídico-constitucionais,* o ponto de partida para uma abordagem da retroactividade dos actos legiferantes tem de considerar várias dimensões. O princípio do Estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a ideia de uma *certa medida de confiança* na actuação dos entes públicos

dentro das leis vigentes e de uma certa *protecção* dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da actividade de poderes públicos. Todavia, uma absoluta proibição da retroactividade das leis impediria o legislador de realizar novas exigências de justiça e de concretizar as ideias de ordenação social, positivamente plasmadas na Constituição, e daí a *orientação normativo-constitucional* segundo a qual uma lei retroactiva é apenas, mas sempre, inconstitucional, quando uma norma ou princípio constitucional (expresso ou implícito) conduzir a este resultado. A noção de *retroactividade* não se compadece, aliás, com um conceito unitário desconhecedor da estrutura diferenciada das normas e das diversas *espécies e graus de referência* ao passado. Note-se, por último, que embora o problema da retroactividade se discuta a propósito da eficácia intertemporal das leis, deve distinguir-se entre *leis retroactivas e disposições transitórias:* quando unia nova lei não pode ter eficácia em relação ao passado existe uma *proibição de retroactividade;* quando uma nova lei não pode ter eficácia imediata diz-se que existe necessidade de *direito transitório* [69]. A consideração destes vários pontos de partida conduz-nos ao seguinte esquema.

b) *Orientação normativo-constitucional*

Os limites jurídicos das leis têm de ser aferidos segundo os parâmetros das normas constitucionais, devendo considerar-se que uma lei retroactiva é sempre inconstitucional quando uma norma constitucional o determina. Nesta perspectiva, são inequivocamente inconstitucionais em face da Constituição:

— as leis penais retroactivas (art. 29/1.72.73.° e 4.°);

— as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos com efeitos retroactivos (art. 18.73)[70].

A orientação normativo-constitucional não significa que o problema da retroactividade das leis deva ser visualizado apenas com

[69] Sobre os problemas de direito transitório em direito constitucional cfr. Miguel Galvão Teles, «Inconstitucionalidade pretérita», in Jorge Miranda (org.), *Nos dez anos da Constituição,* Lisboa, 1980, pp. 277 ss.

[70] Isto não significa que as leis retroactivas «ampliativas» (não restritivas) de direitos não suscitem problemas, pois, desde logo, há sempre que considerar os seus efeitos sob o prisma do princípio da igualdade. Cfr. Durig, in Maunz / Durig, *Kommentar,* Anotação 221 ao art. 3.71 da *Grundgesetz.*

base em regras constitucionais. Deverá ainda acrescentar-se: uma lei retroactiva pode ser inconstitucional quando um princípio constitucional, positivamente plasmado e com suficiente densidade, isso justifique. Esta formulação, que pretende ser uma consequência da ideia de constituição como sistema aberto de normas e princípios evita duas unilateralidades: (1) a redução do parâmetro normativo-constitucional às regras, esquecendo-se ou desprezando-se a natureza de direito actual e vinculante dos princípios: (2) a derivação para uma retórica argumentativa a partir de princípios abstractos, insuficientemente positivados ou desprovidos de densidade normativa, tais como o «princípio de *non venire contra factum proprium»,* o «princípio da vinculação temporal do direito» («cada tempo tem o seu direito, cada direito o seu tempo»), o princípio da «garantia de direitos adquiridos», o princípio do «livre desenvolvimento da personalidade», o princípio da «igualdade do património». Uma argumentação ancorada exclusivamente em princípios deste género reconduzir-se-á a um infrutífero esquema tautológico (ex.: «deve ser protegida a confiança do cidadão digna de ser protegida», «devem proteger-se os direitos adquiridos por serem direitos adquiridos»)[71].

Alguns princípios, como o princípio da segurança jurídica e o princípio de confiança do cidadão, podem ser tópicos ou pontos de vista importantes para a questão da retroactividade, mas apenas na qualidade de princípios densificadores do princípio do Estado de direito eles servem de pressuposto material à proibição da retroactividade das leis. Não é pela simples razão de o cidadão ter confiado na não-retroactividade das leis que a retroactividade é juridicamente inadmissível; mas o cidadão pode confiar na não-retroactividade quando ela se revelar ostensivamente inconstitucional perante certas normas ou princípios jurídico-constitucionais[72].

A jurisprudência constitucional portuguesa tem também articulado o princípio da confiança e da segurança jurídica com o princípio do Estado de direito, evitando o discurso tautológico a partir de princípios abstractos. Assim, por ex., no Parecer n.° 14/82 da Comissão Constitucional [73] afirma-se que o

[71] Este «circulo vicioso» foi posto em relevo na reunião dos professores de direito público de língua alemã a propósito do princípio da protecção da confiança no direito administrativo cfr. G. Kiskner / G. Püttner, *Vertrauenschutz im Verwaltungs-recht,* VDSTRL, 32 (1974), pp. 149 ss, 200 ss, 228 ss.

[72] Nestes termos, cfr., por último, B. Pieroth, *Rückwirkung und Übergangs-recht,* Berlin, 1982, p. 124. No plano jurisprudencial, cfr. Acórdão TC n.° 11/83, *DR,* I, de 20-10-1983, e acórdão TC n.° 93/84, *DR,* I, de 16-11-1984.

[73] Cfr. *Pareceres da Comissão Constitucional,* Vol. 19, pp. 183 ss.

princípio do Estado de direito democrático «garante seguramente um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas e, consequentemente, a confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica». De igual modo, o Acórdão n.° 11/83 do Tribunal Constitucional *(DR,* I, de 20-10-1983) salienta que «se o princípio da protecção jurídica, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, não exclui em absoluto a possibilidade de leis fiscais retroactivas, excluí-a seguramente quando se esteja perante uma retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos contribuintes». Cfr. ainda Ac. TC, n.° 93/84, *DR,* I, de 16-11-84, que, em termos claros e explícitos, afirma: «contudo, se uma lei retroactiva não é, *per se,* inconstitucional, poderá sê-lo se a retroactividade implicar a violação de princípios e disposições constitucionais autónomas.» Por último, vide Ac. TC 307/90, DR, II, 9-3-91, e 95/92, DR, II, 18-8-92. Cfr. *infra,* Padrão II.

d) *Problemas específicos*

1)A estrutura diferenciada das normas

A solução do problema da retroactividade das leis deve ter em conta a estrutura específica das normas constantes dos actos legislativos, pois a simples qualificação de uma lei como retroactiva nada diz acerca da sua legitimidade ou ilegitimidade constitucional. Há, por ex., que verificar se se trata de uma norma pessoal, de uma norma tributária, de uma norma garantidora de direitos sociais, de uma norma garantidora do direito de indemnização, e averiguar em que medida a *referência ao passado* entra em colisão com as normas e princípios constitucionais. Uma lei pessoal retroactiva mais favorável não é necessariamente inconstitucional, mas já o será uma lei que alargue: (1) retroactivamente o *Tatbestand* penal ou a moldura de pena; (2) torne ilegais, retroactivamente, actos administrativos; (3) alargue, também de forma retroactiva, os pressupostos da responsabilidade civil de natureza delitual. Em termos gerais: padecem de inconstitucionalidade as leis que declarem retroactivamente certos comportamentos como ilícitos e lhes associem resultados ou efeitos negativos. Uma lei fiscal retroactiva não é, em princípio, inconstitucional, mas pode sê-lo quando viola arbitrária e excessivamente a *protecção da confiança ínsita no Estado de direito.*

Esta ideia de estrutura diferenciada das normas parece-nos estar presente na jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* francês quando distingue entre «princípios gerais de direito de natureza constitucional» (ex.: princípio da não retroactividade das leis em matéria penal) e «princípios gerais de direito de natureza legislativa (princípio da não retroactividade em matéria não penal) cfr. L. Favoreu / L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel,* 3.ª ed., Paris, 1984, p. 389.

2) A concretização de normas e princípios

Ao estudar-se o processo metódico de concretizações das normas e princípios constitucionais aludiu-se à transformação da norma geral em *norma de decisão,* adequada à solução do caso concreto. A questão da retroactividade das leis, aferida a partir de princípios «vagos», implica um afinado processo de concretização, sendo possível que, no momento da transformação da norma geral em *norma de decisão,* haja divergências quanto à solução correcta do problema. Exemplo frisante é o Acórdão n.° 18/83 do Tribunal Constitucional em que a densificação e concretização dos princípios da confiança, da segurança e do Estado de direito, conduziu a «normas de decisão» encontradas pelos juizes em termos substancialmente diversos.

3) *Concordância prática e conflitos de bens constitucionais*

As dificuldades de concretização do princípio da confiança e da segurança jurídica nos casos de leis retroactivas conexionam-se, no momento da transformação da norma jurídica em *norma de decisão,* com o problema da concordância prática e da ponderação a efectuar no caso de conflito de princípios, bens ou direitos constitucionalmente protegidos. É o que acontece, por ex., no caso das leis fiscais, em que a confiança do particular na permanência da regulamentação legal é contraposta às necessidades de interesse público. Só quando a retroactividade for «arbitrária» e «opressiva», envolvendo uma «violação demasiado acentuada do princípio da confiança do contribuinte», se considera a lei fiscal retroactiva como inconstitucional (cfr. Ac. TC n.° 19/83 e Par. CC n.° 14/82).

2.2.1.3 *Protecção da confiança em casos de («parcial» ou «inautêntica») (retroactividade aparente»*

Os casos de «retroactividade autêntica» em que uma norma pretende ter efeitos sobre o passado (eficácia *ex tunc)* devem distinguir-se dos casos em que uma lei pretendendo vigorar para o futuro (eficácia *ex nunc)* acaba por «tocar» em situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidos no passado mas ainda existentes (retroactividade referente a efeitos jurídicos) [74]. Podem apontar-se vários exemplos: normas

[74] A doutrina alemã mais recente refere-se, aqui, na senda das novas tendências da jurisprudência constitucional, a *Rechtsfolgenbezogen e Ruckwirkungsverbot.* Cfr. M. Bauer, «Neue Tendenzen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Ruckwirkungsverbot», in *Nvwz,* 1984, p. 220 ss. No plano jurisprudencial cfr., por ex., o Ac TC 313/89, DR, II, 16-6-89.

modificadoras dos pressupostos do exercício de uma profissão, regras de promoção nas carreiras públicas; normas que regulam de forma inovadora relações jurídicas contratuais tendencialmente duradouras (exs. contratos de arrendamento); normas diminuidoras de direitos sociais. Nestes casos, a nova regulação jurídica não pretende substituir *ex tunc* a disciplina normativa existente, mas ela acaba por atingir situações, posições jurídicas e garantias «geradas» no passado e relativamente às quais os cidadãos têm a legítima expectativa de não serem perturbados pelos novos preceitos jurídicos. Quer dizer: há certos efeitos jurídicos da lei nova vinculados a pressupostos ou relações iniciadas no passado. Nestas hipóteses pode ou não ser invocado, para a obtenção de uma norma de decisão, o princípio da confiança? A resposta, em geral, aponta para uma menor intensidade normativa do princípio nas hipóteses de «retroactividade inautêntica» do que nos casos de verdadeira retroactividade (também chamada *retrospectivida.de* ou *retroactividade quanto a efeitos jurídicos).* Todavia, a protecção do cidadão procura-se por outros meios, designadamente através dos *direitos fundamentais* — saber se a nova normação jurídica tocou desproporcionada, desadequada e desnecessariamente dimensões importantes dos direitos fundamentais, ou se o legislador teve o cuidado de prever uma *disciplina transitória* justa para as situações em causa. No primeiro caso — protecção de confiança através de direitos fundamentais — deverá desenvolver-se, de acordo com os dados concretos, uma retórica argumentativa tendente a tornar transparente se o princípio da protecção da confiança é um *topos* concretiza-dor dos direitos fundamentais, se é uma dimensão do princípio da proibição do excesso, ou se constitui mesmo uma dimensão autónoma, integrada no âmbito de protecção da norma garantidora do direito fundamental [75]. O caso das disposições transitórias será referido no número seguinte.

2.2 A A Protecção da confiança e disposições transitórias

A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotómicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação, existem soluções de compromisso plasmadas em *normas ou disposições transitórias* (cfr. CRP, arts. 290.° e segs.; Código Civil, art. 12.°; Código Penal, art. 2.°). Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor

[75] Cfr. B. PIEROTH, *Ruckwirkung und Úbergangsrecht,* cit., p. 367 ss.

para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da *vacatio legis;* disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as «leis velhas» e as «leis novas»[76].

No plano do direito constitucional, o princípio da protecção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária* e *indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma *justa, adequada* e *proporcionada,* os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos — posições, relações, situações — anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor[77].

2.2.2 *Princípio da segurança jurídica*

Embora o princípio da segurança jurídica seja considerado um elemento essencial do princípio do Estado de direito[78], não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico. Além das suas imbricações com o princípio de protecção da confiança, as ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos:

(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

Neste momento interessa-nos sobretudo a segurança jurídica sob o ponto de vista da estabilidade.

[76] Trata-se, aqui, fundamentalmente, de um problema de *teoria ou doutrina de legislação.* Cfr., entre nós, Menezes Cordeiro, «Problemas de Aplicação da Lei no tempo. Disposições transitórias», in Jorge Miranda / M. Rebelo de Sousa, *A Feitura das Leis,* vol. II, p. 362 ss. Cfr. também as obras de Introdução ao estudo do direito: Baptista Machado, *Introdução;* Oliveira Ascensão, *O Direito,* p. 379 ss.

[77] Cfr. Pieroth, *Riickwirkung und Übergangsrecht,* cit., p. 71 ss., 149 ss.

[78] Cfr., por último, PH. Kunig, *Rechtsstaatsprinzip,* p. 350 ss; Schmidt--Assmann, «Rechtsstaat», in Isensee / Kirchhof (org.), *Staatsrecht,* vol. I, p. 1030.

2.2.2.1 *Segurança jurídica e caso julgado*

A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o *caso julgado* [79]. O instituto do *caso julgado* assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo — caso julgado formal —, quer porque a relação material controvertida («questão de mérito» «questão de fundo») é decidida em termos definitivos e irretratáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades — caso julgado material. (Cfr. Código de Processo Civil, arts. 496.%t, 671.° e 672.°).

Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, *expressis verbis,* na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional (CRP, arts. 29.74, 282.73) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica[80]. As excepções ao caso julgado deverão ter, por isso, um fundamento material inequívoco (exs.: «revisão de sentença», no caso de condenação injusta ou «erro judiciário»; aplicabilidade retroactiva de sentença do TC declarativa da inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral).

É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a *uniformidade ou estabilidade da jurisprudência.* Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. Trata-se, porém, de uma dimensão irredutível da função jurisdicional a obrigação de os juizes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida pelos tribunais supe-

[79] Sobre este instituto cfr. sobretudo a doutrina processualística: MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil,* 2.ª ed., Coimbra, 1979, pp. 304 ss; ANTUNES VARELA / MIGUEL BELEZA / SAMPAIO NORA, *Manual de Processo Civil,* Coimbra, 1989, pp. 294 ss.

[80] Neste sentido cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* p. 1041 ss. Na doutrina constitucional cfr. JORGE MIRANDA, e, por último, E. SCHMIDT-ASSMANN, «Rechtsstaat», p. 1038; H. MAURER, «Kontinuitàtsgewahr und Vertrauaenschutz», ambos in ISENSEE / KIRCHHOF, (org) *Staatsrecht,* respectivamente, vol. I, p. 1030, e vol. III, pp. 268 ss.

riores que, inclusivamente, a poderão «revogar» ou «anular», mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável. Já por aqui se nos afigura discutível a admissibilidade de *assentos* (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 27, B)

3. O princípio da proibição do excesso

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do Estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. art. 272.71). Posteriormente, o *princípio da proporcionalidade em sentido amplo,* também conhecido por *princípio da proibição de excesso (Úbermassverbot),* foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. arts. 18.72, 19.74, 265.° e 266.72). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de direito outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os *direitos fundamentais* [81] (Cfr. Ac TC 364/91, DR, I, de 23/8 — Caso das ineligibilidades locais).

Como *superconceito (Oberbegriff),* desdobra-se em várias exigências ou princípios que, esquematicamente, poderemos arrumar da seguinte maneira.

a) *Princípio de conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit)*

Com esta exigência pretende-se salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* para a

[81] Cfr. LERCHE, *Úbermass und Verfassungsrecht;* MAUNZ / DURIG, *Kommentar,* art. 20, n.° 71; ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im õffentlichen Recht,* Bern, 1979; WELLHOFER, *Das Úbermassverbot im Verwaltungsrecht,* Wurzburg, 1970, p. 71; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* p. 113 ss.; G. BRAIBANT, «Le Príncipe de la proportionalité», in *Mélanges Waline,* Paris, 1974, p. 297 ss.; J. LEMASURIER, «Vers un nouveau príncipe general du droit: le príncipe "bilan coúts avantages"», in *Mélanges Waline,* cit., p. 551 ss.; FORTSARKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français,* Paris, 1977, p. 479 ss.

prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção *(Zielkonformitàt, Zwecktauglichkeit).* Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim.* Este controlo, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controlo do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.

b) *Princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit)*

Este requisito, também conhecido como «princípio da necessidade» ou da «menor ingerência possível» coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível.* Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: *a)* a *necessidade material,* pois o meio deve ser o mais «poupado» possível quanto à limitação dos direitos fundamentais: *b)* a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; *c)* a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; *d)* a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Em geral, não se discute a adopção da medida *(necessidade absoluta),* mas sim a *necessidade relativa,* ou seja, como é que o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.

c) *O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhãltnis-màssigkeit)*

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à «carga coactiva» da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois,

de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim[82].
Feita uma sumária descrição do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) importa determinar a sua dimensão normativa, isto é, a sua *referência constitucional.* Este princípio é um princípio normativo concreto da ordem constitucional portuguesa (cfr. arts. 18.72 e 266.72). Dito isto, não fica, porém, clara a resposta a dar ao problema da sua verdadeira caracterização. Serão *princípios abertos,* meramente informativos ou, pelo contrário, *princípios normativos (Rechtssatzfõrmigen),* que servem de padrões de conduta e são juridicamente vinculativos[83]? Em face da Constituição Português, trata-se de um princípio normativo. Isto resulta, desde logo, do art. 18.72. Como relevantíssima manifestação concreta pode ver-se, por ex., o art. 19.74, onde se estabelece que a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o *princípio da proporcionalidade* e limitar--se quanto à sua extensão e aos meios utilizados, ao estritamente *necessário* ao pronto restabelecimento da normatividade constitucional. A força normativo-constitucional do princípio resulta ainda do art. 272.71, consagrador do princípio da tipicidade ("as previstas na lei") e do princípio da necessidade ("proibição para além do estritamente necessário") das medidas de polícia. Por último, há a salientar a expressa constitucionalização do princípio da proporcionalidade (introduzida pela LC 1/89) como princípio materialmente constitutivo de toda a administração pública (CRP, art. 266.°).
Deixamos aqui intocadas duas questões importantes: uma, a da *justiciali-dade* dos actos que violam estes princípios; outra, a de saber se através do critério da *ponderação de bens,* corrente na interpretação constitucional, não se correrá o risco de esvaziar estes princípios de significado prático. Cfr. GRABITZ, *Der Prinzip,* cit. 600. Relativamente ao primeiro problema, cfr. o Ac TC 282/86, DR, I, 11-11-86 *(«Caso dos técnicos de contas»),* onde se considerou a violação do princípio da proporcionalidade como fundamento normativo constitucional da declaração de inconstitucionalidade de normas referentes a suspensão e cancelamento da inscrição oficial de técnicos de contas que cometeram certas infracções, e o Ac TC 103/87, DR, I, 6-5-87 *(«Caso dos direitos dos agentes da PSP»)* onde se admitiu como violadoras do princípio da proporcionalidade certas restrições aos direitos dos agentes da PSP (participação em reuniões não públicas de carácter político, exercício de direito de petição colectiva).
[82] Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* pp. 75 s., 113 ss.
[83] LERCHE, *Ubermass,* cit., p. 316; LARENZ, *Methodenlehre,* p. 468; GRABITZ, *Der Grundsatz,* p. 583.

4. O princípio da protecção jurídica e das garantias processuais

«Terceira dimensão do Estado de direito», «pilar fundamental do Estado de direito», «coroamento do Estado de direito», são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância, no Estado de direito, da existência de uma *protecção jurídica individual sem lacunas* (cfr. art. 20.71). Todavia, esta garantia da via judiciária já foi considerada como um «direito fundamental formal» (de *formelles Hauptgrundrecht* fala KLEIN), pois a protecção dos direitos através do direito exige uma prévia e inequívoca consagração desses direitos (cfr. DL 389-B/87, de 29/12, sobre o regime legal de acesso ao direito e aos tribunais).

4.1 *As* ***garantias processuais e procedimentais***

Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso* ao direito e *de realização do direito.* Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do *procedimento* e do *processo,* a Constituição contém alguns princípios e normas designados por *garantias gerais de procedimentos e de processo.* As principais podem aglutinar-se da forma seguinte.

a) *Garantias de processo judicial*

Entre estas garantias podem mencionar-se o princípio do juiz legal (art. 32.77), o princípio da audição (art. 28.71), o princípio de igualdade processual das partes (arts. 13.° e 20.72), o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais (art. 32.°), o princípio da fundamentação dos actos judiciais (art. 208.71).

b) *Garantias de processo penal*

Além dos princípios gerais do processo judicial, a Constituição estabelece e consagra importantes princípios materialmente informadores do processo penal, tais como garantia de audiência do arguido (art. 28.71), proibição de tribunais de excepção (art. 211.74), proibição da dupla incriminação (art. 29.75), princípio da notificação das decisões penais (arts. 27.74 e 28.73), o princípio do contraditório (art. 32.75).

c) *Garantias do procedimento administrativo*
A exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da actividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático. Como garantias de um procedimento administrativo justo mencionam-se, entre outras: o direito de participação do particular nos procedimentos em que está interessado (art. 267.74), o princípio da imparcialidade da administração (art. 266.72), o princípio da audição jurídica (art. 269.73), o princípio da informação (art. 268.71), o princípio da fundamentação dos actos administrativos onerosos (art. 268.72), o princípio da conformação do procedimento segundo os direitos fundamentais (arts. 266.71 e *261 ° IA),* o princípio do arquivo aberto (art. 268.72).

4.2 *O princípio da garantia de via judiciária*[84]

Se perguntarmos pelo verdadeiro alcance da garantia da via judiciária, constitucionalmente consagrada (art. 20.°), a resposta pode reconduzir-se ao seguinte (cfr. também, *infra,* Padrão II).
a) *Imposição jurídico-constitucional ao legislador*
Visando o princípio uma melhor definição judiciário-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos «segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado», a abertura da via judiciária é uma *imposição directamente dirigida ao legislador* no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos *aspectos processuais.*
b) *Função organizatório-material*
A defesa de direitos através dos tribunais representa também uma «decisão fundamental organizatória» (D. Lorenz), pois o controlo judicial constitui uma espécie de «contrapeso» clássico em relação ao exercício dos poderes executivo e legislativo.

[84] Cfr., na doutrina portuguesa, Pereira André, *A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais,* Lisboa, 1980; Pereira da Fonseca, «Princípio geral da tutela jurisdicio-nal dos direitos fundamentais», *in Scientia Jurídica,* 1981.

c) *Garantia de protecção jurídica*

Verdadeiramente fundamental no princípio da abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos: reforça *o princípio da efectividade dos direitos fundamentais,* proibindo a sua inexequibilidade ou eficácia por falta de meios judiciais. Esta efectiva protecção jurídica implica um controlo das *questões de facto* e das *questões de direito* suscitadas no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes.

d) *Garantia de um processo judicial*

O art. 20.° *abre imediatamente a via para um tribunal.* É certo que ele não decide qual a jurisdição concreta competente nem cria para o caso uma nova jurisdição. Isso significa que algumas das jurisdições existentes têm o dever de não declinar a competência para apreciar o «caso» carecido de protecção jurídica. Hoje colocam-se dúvidas quanto à razoabilidade da competência residual da jurisdição ordinária («anacrónica e vivendo da tradição», disse BETTERMAN)[85], mas enquanto a jurisdição administrativa não tiver instrumentos processuais adequados para a defesa dos direitos (cfr. CRP, art. 268.75), aos tribunais ordinários civis caberá, na falta de lei, a incumbência constitucional de defesa dos direitos.

e) *Criação de um direito subjectivo público*

A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não pode divorciar-se das várias dimensões reconhecidas pela constituição ao catálogo dos direitos fundamentais. O sentido global resultante da combinação das dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais é o de que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma *posição jurídica subjectiva,* cuja violação lhe permite exigir a protecção jurídica. Isto pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justiciabilidade ao direito subjectivo e se passe a incluir no *espaço subjectivo* do cidadão todo o *círculo* de *situações juridicamente protegidas.* O princípio da protecção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da

[85] Cfr. algumas razões em GUILHERME FONSECA, *A Constituição e a defesa dos administrados,* pp. 23 ss. Deve notar-se, no entanto, que o princípio do Estado de direito pressupõe existência de *uma* via judiciária, mas não a sua completa determinação, que, em geral, só é definida nas leis de organização judiciária.

dimensão subjectiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um *verdadeiro direito* ou *pretensão de defesa* das posições jurídicas ilegalmente lesadas (cfr. art. 205.72, que se refere, precisamente, «a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos»).

f) *Protecção jurídica e princípio da constitucionalidade*

Ao estudar-se o princípio da constitucionalidade referiu-se que ele implica a conformação material e formal de todos os actos com a Constituição (cfr. art. 3.73). Do princípio da legalidade da administração deduziram-se também (cfr. *supra)* importantes consequências, sob o ponto de vista do Estado de direito, quanto aos poderes da administração. Não existem, pois, espaços *livres do direito,* designadamente do direito constitucional.

Por vezes, alguma doutrina continua a assinalar uma menor vinculação ao direito de certos actos ou relações como são as relações especiais de poder, os actos de jurisdição e os actos do governo. Quanto à primeira categoria, já diversas vezes foi definida a concepção correcta e adequada a um Estado de direito democrático. Restam os outros dois: (1) os *actos de jurisdição,* ou não se consideram actos do poder público *stricto sensu,* ou então diz-se que a protecção jurídica é protecção através do juiz mas não contra o juiz; a garantia da protecção jurídica impõe o contrário: a protecção é também contra o juiz e actos do poder judicial, sendo absurdo que os juizes, detentores de poderes públicos e vinculados aos direitos fundamentais, pudessem ficar impunes *ad infinitum* no caso de violação de direitos fundamentais (ex.: em processo penal); (2) os *actos soberanos, livres de jurisdição,* são a segunda e importante excepção ao controlo jurídico, considerando-se que estes actos de direcção respeitantes à totalidade do Estado (Scheuner) são actos políticos ou decisões constitucionais gerais, insubmissos a qualquer controlo. Há que não confundir duas coisas: uma, é a do inevitável espaço de conformação política de órgãos com competência para definir as *linhas de direcção política* do Estado; a outra, é a da conformação dos actos de governo ou «actos de direcção política» como espaços livres da própria Constituição. De resto, esta protecção jurídica não significa necessariamente protecção judicial (ex.: protecção através do Parlamento, Provedor de Justiça)[86].

g) *Princípio da eliminação de resultados lesivos e compensação de prejuízos*

É considerado líquido pela doutrina que a protecção jurídica exige a consagração de institutos que garantam uma compensação

[86] Cfr., por último, Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo,* pp. 314 ss. Cristina Queirós, *Os Actos Políticos no Estado de Direito,* p. 135 ss.

pelos prejuízos derivados dos actos do poder público. Além do remédio do *efeito suspensivo* e da necessidade de eliminação geral dos resultados lesivos *(Folgenbeseitigung),* reputa-se importante a existência de um *sistema jurídico-público de indemnização de danos e prestações indemnizatórias* (cfr. CRP, arts. 20.°, 22.° e 271.°).

V. Um Estado de direito com custos políticos? Um Estado de direito com custos sociais?

1. Estado de direito e custos democráticos

Na explanação antecedente, a compreensão de Estado de direito surge intimamente conexionada com a ideia de que é preciso afinar os instrumentos de protecção jurídica do cidadão perante uma estrutura administrativa ainda vinculada aos hábitos e às formas da administração autoritária. Todavia, se nos limitássemos só a isto, tinha-se afinal preenchido o programa de realização do Estado de direito do século passado. Um programa, no fundo, de resignação perante um poder que continua estranho aos cidadãos e em relação ao qual se pode apenas exigir o controlo jurídico dos actos. E, como se viu, este programa não ameaçava, no liberalismo, o sistema de interesses económicos e sociais dominantes, a burocracia conservadora, a administração centralista. Isto demonstra que o *Rechtswegstaat,* a que muitas vezes se quer reduzir o Estado de direito, é um Estado com imensos *custos democráticos.* Consequentemente, se não se devem desprezar as garantias de uma protecção jurídica sem lacunas, também é necessário associar (como, de resto, já foi frisado) a realização do princípio de Estado de direito com a efectivação do princípio democrático. É, com efeito, o princípio democrático que, entre nós, dá uma especial ênfase ao *processo de democratização da administração* de modo a evitar, precisamente, os *«custos democráticos»: gestão participada da administração* (arts. 9.7c, 48.71 e 2, 66.72, 70.73 e 264.°), *descentralização e desconcentração da administração* (art. 268.72), *exigência de uma definição legal do procedimento da actividade administrativa* (art. 267.°74), *participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações* que lhe disserem respeito (art. *261 °IA).* Só assim se conseguirá solidificar um Estado de direito não reduzido a um sistema de protecção perante violações jurídicas, e

alicerçar um Estado de direito democrático em que o *due process of law* constitua uma prevenção eficaz contra a lesão de direitos e interesses dos cidadãos[87].

Numa obra justamente célebre, FRITZ SCHARPF pôs em relevo os *custos políticos do Estado de direito* [88]. Estudando as relações funcionais recíprocas entre o sistema jurídico e a política democrática (o instrumento foi a comparação do direito administrativo alemão com o direito administrativo americano), o autor chega à conclusão de que a concentração de um sistema, como o alemão, sobre *a protecção dos direitos,* pode não ser o melhor sistema para uma forma eficaz de direcção política (caso americano). Enquanto no primeiro sistema, a protecção jurídica em face da administração é constituída como protecção administrativa jurisdicional (e daí a ênfase no *Rechtswegstaat),* o segundo modelo (americano) assenta, sobretudo, na ideia de um procedimento administrativo adequado. Um coloca a tónica na *justiça material (Richtigkeit)* controlada pelo juiz; outro vê na *Fairness* do procedimento conducente a uma decisão administrativa o cerne fundamental do problema.

2. Um Estado de direito com custos sociais?

2.1 O problema das antinomias: Estado de direito I Estado social

a) *Estado de direito material*

Tem sido discutida a questão de saber se a superação do *Estado de direito formal* se faz através da substituição do Estado de direito liberal burguês por um *Estado social* ou se a solução está num revigoramento da ideia de *Estado de direito material.* Colocando a tónica nesta última direcção, o Estado de direito, materialmente caracterizado, encontra-se vinculado *a princípios jurídicos fundamentais* ou mesmo a *valores.* Por isso mesmo, o cerne do Estado de direito não está tanto na consagração das garantias individuais (embora isso também se considere primariamente relevante), mas na criação de uma *ordem jurídica* materialmente justa *(Gerechtigkeitstaat).* Esta é a orientação de uma significativa parte da doutrina[89]. Está fora de dúvida que o Estado de direito não se compadece hoje com a igualdade Estado de direito-Estado legal ou com uma simples «legalidade aperfeiçoada». O Estado de direito material é «um Estado cujo fim é a criação e manutenção de uma situação jurídica materialmente justa»

[87] Cfr. já CUNHA RODRIGUES, *A Constituição e os Tribunais,* p. 7; GUILHERME DA FONSECA, *A Constituição e a Defesa dos Administrados,* pp. 7 ss.; J. MIRANDA, *A Constituição,* cit., p. 502.

[88] F. SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates,* Tubingen, 1970.

[89] Cfr. KÄGI, *Rechtstaat und Demokratie,* cit., p. 127: MAÚNZ-DURIG-HERZOG--SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar,* comentário ao art. 20, pp. 59 ss. Entre nós cfr., por ex., ROGÉRIO SOARES, *Direito Público,* cit., p. 167.

(WOLFF / BACHOF, ROGÉRIO SOARES). Pergunta-se, porém, se a superação do Estado de direito formal por um Estado de direito material mediante o apelo abstracto a «valores fundamentais», a uma «ordem de valores», a «princípios jurídicos fundamentais», não conterá, por um lado, uma *medida material* recon-duzível a princípios fora da constituição, e, por outro lado, se a fuga para os princípios da justiça não esconde a impotência de sua operatividade prática[90].

b) *Estado social de direito*

A superação do Estado de direito formal pelo Estado social de direito é a posição defendida por HELLER, logo em 1930. Para este autor, a evolução do Estado de direito liberal para o Estado de direito social é a única via para evitar a ditadura. As suas palavras merecem ser referidas: «...a exigência de democracia social do proletariado não significa outra coisa senão a extensão do pensamento do Estado de direito material à ordem do trabalho e dos bens patrimoniais»[91].

O impulso dado ao princípio do Estado de direito no sentido da sociali-dade e do socialismo não representava o acolhimento de princípios político-constitucionais conformadores verdadeiramente antinómicos. A tese da *antinomia entre Estado de direito e Estado social* (e, por maioria de *razão,* Estado socialista), radica no *a priori* do que uma reestruturação democrático-social da sociedade não pode ser feita através do Estado de direito. Esta concepção tem sido fundamentada de várias maneiras reconduzíveis, no essencial, ao seguinte:

a) «Atirar um valor permanente ao pó de uma temporalidade mesquinha», foi logo a acusação que TRIEPEL[92] dirigiu a HELLER, quando este propôs a complementação do Estado de direito pelo Estado social. «Estação de naufrágio» e não conceito jurídico, eis como outro conhecido publicista caracterizou o Estado social [93]. Para ele, Estado de direito e Estado social exprimem conceitos estruturalmente diversos e antinómicos, não harmonizáveis no plano constitucional. Um meio Estado de direito e um meio Estado social não formam um Estado social de direito. O pressuposto teórico desta concepção (já atrás referido) é a ideia de que a constituição, na sua essência, representa uma limitação do poder estrutural, devendo os fins político-sociais ser relegados

[90] SCHEUNER dá-se conta deste problema ao escrever: «Não existe qualquer definição utilizável do Estado de direito, se o designamos como Estado de justiça. Qual é a medida que aqui deve ser aplicada?» Cfr. *Die neuere Entwicklung,* cit., p. 205. Só a síntese dos vários aspectos do Estado de Direito — liberal, social, formal e material — poderá preencher este vazio. Cfr. STERN, *Staatsrecht,* I, p. 619; G. QUADRI, *Diritto Pubblico deli'Economia,* 1977, p. 29.

[91] Cfr. HESSE, *Grundzuge,* p. 79; DENNINGER, *Staatsrecht,* I, p. 124; K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrecht,* p. 301; DEGENHART, «Rechtsstaat-Sozialstaat», in *Fest. furScupin,* Berlin, 1983, p. 55 ss. Sob uma perspectiva marxista, aludindo à «restituição socialista de normas jurídicas burguesas, isto é, de normas do Estado de direito» cfr. GALVANO DELLA VOLPE, *Rousseau eMarx,* 3.ª ed., Roma, 1962, p. 53.

[92] Cfr. TRIEPEL, WDSTRL, p. 197, que se referia aos perigos de *«ein Ewigkeits-wert in der Staube des Irdisch-Kleinlichen herabzogen».*

[93] Cfr. FORSTHOFF, *Begriffund Wesen* = E. FORSTHOFF, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit,* 1968, pp. 1 ss.

para a administração. Isto sob pena dos fins político-sociais acabarem por conduzir à dissolução da lei fundamental. Um Estado social polémico contra o *status quo* político e social não seria compatível com um Estado de direito.

No mesmo sentido crítico se manifestava, em 1963, um outro autor (também conservador[94]), ao sustentar uma oposição, plena de tensão, entre liberdade e protecção jurídica do indivíduo, garantida pelo Estado de direito, e o Estado social, garantidor, noutras direcções, de uma existência humana digna. Além de postergar, na conformação social, a divisão de poderes, com a dissolução dos limites entre o legislativo e o executivo, o Estado social tenderia a diluir a «auto-responsabilidade» através de um sistema colectivo de satisfação de necessidades. Em vez da liberdade individual, o Estado social faria da igualitarização um «Standard» de vida e um seguro de vida [95].

Não nos demoraremos na crítica: (1) antropologicamente orientada no sentido liberal do «indivíduo autónomo», livre no seu desenvolvimento e na conformação do seu espaço existencial, esta concepção de Estado de direito esquece que, mesmo no Estado liberal, a autonomia e a liberdade não correspondia à maioria dos cidadãos; (2) o pensamento da «constituição da liberdade» pretende que a constituição social é *política,* mas oculta ser a própria ideia de um Estado de direito sem política uma posição politicamente *«enga-gée»;* (3) a inimizade contra a planificação económica e conformação social em nome da liberdade individual parece ainda hoje esquecer que a «planificação implanificada» conduziu à não liberdade existencial de amplas camadas da população (Baumlin).

b) Uma posição mais *moderada* é adoptada pelos autores que, rejeitando a apriorística transferência de um conceito de Estado de direito liberal para as novas ordens constitucionais e repudiando uma rigorosa separação entre Estado de direito e Estado social, admitem uma *certa relação de tensão entre os dois princípios* [96]. Mas, precisamente por isso, é que a sua realização pressuporia, como pontos de referência inelimináveis, o princípio da justiça social e a liberdade do indivíduo, de modo a evitar quer o poder estadual omnipotente quer a desvinculação individual baseada numa pretensa autonomia da sociedade[97].

E uma posição mais equilibrada, mas que, no fundo, embora reconhecendo serem o «Estado de direito e o Estado social realizados e realizáveis, em parte no plano constitucional e em parte na ordem jurídica infraconstitucio-nal», não deixa de considerar residir o peso principal do Estado de direito no direito constitucional e o do Estado social no direito infraconstitucional.

[94] Cfr. W. Weber, *Wandlungen undFormen des Staates,* 1963, p. 231.

[95] Estas preocupações transparecem também em Rogério Soares, *Direito Público,* cit., pp. 186 ss, e Baptista Machado, *Participação,* cit., p. 97.

[96] Cfr. Bachof, «Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates», in *Wege zum Rechtsstaat, p.* 116: *«Rechtsstaatliches und sozialstaatliches Prinzip sind nur in begrenztem Umfang antinomisch».*

[97] Cfr. Bachof, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (1953)* -= Bachof, *Wege zum Rechtsstaat,* 1979, pp. 80 ss.

c) Uma evolução na compreensão das relações entre Estado de direito e Estado social pode detectar-se naqueles autores que procuram interpretar as novas realidades do Estado intervencionista mediante a afinação do sistema conceituai liberal. Enquanto os autores mais conservadores atribuem ao Estado de direito um significado que, no essencial, significa a garantia do sistema de propriedade e distribuição de bens (capitalista), outros visam compreender as novas *tarefas do Estado (Staatsaufgaben)* no âmbito de uma constituição do Estado de direito. A via é insistir não na defesa do «livre desenvolvimento da personalidade», ancorado na propriedade, contra as intervenções estaduais, mas definir os contornos do «livre desenvolvimento da personalidade», assente nas próprias prestações estaduais. Como o indivíduo se torna dependente das prestações do Estado, o problema fulcral é evitar o arbítrio dos poderes públicos na administração das prestações *(Leistungsverwaltung).* Esta adminis-tração, tal como a administração de coacção, deveria ser submetida à *reserva da lei* e ao *princípio democrático* que lhe está inerente [98].

d) Mais decidida é a tese daqueles autores que consideram reflectir o *Estado Social de Direito* uma compreensão correcta das modernas sociedades. Estas exigem uma crescente intervenção, direcção e conformação através do Estado. Neste sentido, é uma alternativa aparente opor liberdade social e poder do Estado, pois, como atrás foi assinalado, um mínimo de Estado não corresponde a um máximo de liberdade. *O princípio do Estado social e o princípio do Estado de direito obterão assim igual dignidade constitucional*".

2.2 *A «decisão» constitucional*

Pesem embora as diversas concepções esgrimidas na elaboração da Constituição de 1976, a síntese da proposta constitucional está claramente expressa nas anteriores palavras de Heller — *extensão do pensamento do Estado de direito material à ordem do trabalho e dos*

[98] É a posição dos autores que se mantêm ainda influenciados pela postura de Bachof. Salientem-se, entre eles, Jesch, *Gesetz und Verwaltung, 2?* ed., Tubingen, 1968, p. 204, e Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre,* 1965, pp. 1 ss. No entanto, enquanto o primeiro destes autores coloca o acento tónico no princípio democrático, o segundo parece mais voltado para uma conceitualização neo-libe-ral. Assim se compreende que ele procure fundamentar a extensão da reserva de lei a partir do princípio do Estado de direito e não a partir do princípio democrático. Cfr., entre nós, Baptista Machado, *Participação,* cit., p. 98 ss.; Castanheira Neves, *O «Instituto dos Assentos»,* pp. 475 ss. A doutrina espanhola tem também dedicado, nos últimos tempos, demorada atenção ao significado político-constitucional dos adjectivos qualificativos do Estado de direito. Cfr., por ex., Pérez Luno, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* pp. 237 ss.

[99] Cfr. Hesse, *Rechtsstaat,* cit., p. 295; Badura, *Verwaltungsrecht,* cit., pp. 26 ss. Cfr. também N. Bobbio, *Quale Socialismo,* Torino, 1976, pp. 20 ss.; Elias Diaz, *Legalidad-Legitimidad,* cit., p. 156.

bens patrimoniais. Assim, tal como no Estado de direito material, insiste-se na importância da pessoa humana (dignidade da pessoa humana — art. 1.°), no princípio da descentralização e no princípio da legalidade da administração (arts. 3.72, 6.71, 266.72, 258.72). E visível, porém, na Constituição, a necessidade de complementação do princípio do Estado de direito por dimensões económicas, sociais e culturais, e daí o alargamento do pensamento da justiça material aos bens culturais (arts. 73.72 e 3, 74.71, 2 e 3, 76.71, 78.72-a), à ordem do trabalho (cfr. arts. *9°/d,* 53.° ss, 58.° e 59.°) e à ordem dos bens patrimoniais (arts. 81.7a, *b, c,d,ee l,* 82.71, 90.°, 96.°, 97.°).

O problema que se põe é o de como a conformação social e económica pode e deve ser feita sem sacrifício das garantias jurídico--formais de um Estado de direito [10°]. Neste sentido se alude a uma estadualidade social-democrática informada pela «primazia do direito»[101]. Aponta-se para um equilíbrio entre os dois conceitos — Estado de Direito e Estado Social —, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento económico e a protecção das classes mais desfavorecidas deve fundar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional[102].

2.3 *Os custos de «juridicidade»*

A «estadualidade social-democrática informada pela primazia do direito» tem alguns riscos. Se os elementos formais são *«essentialia»* do Estado de direito e as dimensões de socialidade *«essentialia»* da

[100] Cfr. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur,* 1930; *Der Burgerliche Rechtsstaat,* cit., Vol. 1, pp. 159 ss.

[101] Cfr. Hesse, *Rechtsstaat,* cit., pp. 295/6; P. Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat,* Tiibingen, 1966, p. 26 ss. Propugnando por uma síntese dos vários aspectos do Estado de Direito — liberal, social, formal e material — cfr. Stern, *Staatsrecht,* I, p. 619. Tendendo para estas conclusões sob uma perspectiva socialista e democrática cfr. Elias Diaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática,* 8.ª ed., 1981; idem, *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático,* 1981; Perez Luno, *Estado de Derecho,* cit., p. 229.

[102] Cfr. Mortati, «Principi Fondamentali», in Branca (org.), *Commentario delia Costituzione,* 1982, p. 47; Quadri, *Diritto pubblico deWEconomia,* 1977, p. 29. Por último, cfr. D. Grimm, "Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwi-cklung zum Sozialstaat", in *Recht und Saat der búrgerlichen Gesellschaft,* Frankfurt, 1987, p. 130 ss.

justiça material, a junção das duas componentes essenciais no Estado de direito social implica a utilização de instrumentos normativos para a conformação das relações sociais. O culto do direito e a crença no direito como meio de desenvolvimento da sociedade poderá correr o risco da *juridicização* integral das condutas, com a consequente *degenerescência do fórum jurídico.* Nesta perspectiva, o Estado Social (= Estado Providência) origina a «ultrapassagem da forma jurídica», dessacralizando e instrumentalizando o direito. Proclama-se, por isso, o «regresso ao Estado de direito», à «pureza do direito». Os «custos de Estado de direito» do Estado Social tornar-se-iam insuportáveis: de um princípio de limitação e distanciação do poder através do direito passa-se para uma tentacularização do poder através do direito [103].

O regresso a uma teorização defensivo-liberal do Estado de direito sugere o abandono do conjunto de direitos económicos, sociais e culturais, conquistados ao cabo de complexas lutas sociais e políticas. O «Estado de direito» da pós-modernidade não pode ser o Estado de direito da modernidade: num garante-se a sociedade civil perante o autoritarismo do Estado; noutro «aspira-se à respiração» do indivíduo e do privado, depois de asseguradas estadualmente as dimensões ineli-mináveis da socialidade, igualdade e fraternidade. Num foi necessária a regra do direito contra a *ordem* autoritária e ingerente; noutro impõe-se o *«regresso à regra»* como forma de *redução da complexidade pres-tacional* do Estado, a fim de impedir a juridicização total da vida e a rigidificação planificante das estruturas autónomas da sociedade.

A questão da "juridicização" é susceptível de abordagens muito diversas. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns,* 1981, vol. 2, pág. 524 ss, assinala quatro fases no processo de juridicização (juridificação do "Estado burguês", do "Estado de direito burguês", do "Estado de direito democrático" e do "Estado de direito democrático-social"). A juridificação transporta efeitos negativos (alienação, burocratização, "colonização do mundo da existência"), mas apresenta também algumas dimensões positivas (segurança da liberdade do estatuto pessoal). Por sua vez, LUHMANN não considera a "juridificação" como necessariamente negativa, a não ser quando origina uma violação disfuncional dos outros sistemas sociais (cfr., por último, LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft,* 1988, p. 26).

[103] Cfr. HENKE, «Die Sozialisierung des Rechts», in JZ, 1980, pp. 369 ss., BERTI, «LO stato di diritto informale», in RTDP, 1/1992, p. 3 ss.; PUTTNER, «LO stato di diritto informale», in RTDP, 1/1992.

CAPÍTULO 2

PADRÃO I: OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES 2.° — O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Sumário

A) HISTÓRIA, MEMÓRIA, TEORIAS

I —As linhas de força do princípio democrático II — As modernas teorias da democracia

1. A teoria democrático-pluralista
2. A teoria elitista da democracia
3. A teoria da democracia do «ordo-liberalismo»

III — A extensão da ideia de democracia

IV — Princípio democrático e limites da democracia: a ingovernabilidade

B) A CARACTERIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

1. A democracia como princípio normativo
2. O princípio democrático-normativo como princípio complexo
3. A democracia como processo de democratização
4. O princípio democrático como princípio informador do Estado e da sociedade
5. O princípio democrático como princípio de organização

C) **A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**

I — O princípio da soberania popular II — O princípio da representação popular

1. Sentido da representação
2. Representação e identidade: o debate teórico

III — O princípio da democracia semi-directa

1. A consagração do referendo na revisão constitucional de 1989
2. As iniciativas dos cidadãos e as acções directas

IV — O princípio da participação

1. Os graus de participação
2. Os domínios de democratização-participação

V — O princípio democrático e os direitos fundamentais

indicações bibliográficm

1. Intertextualidade

O estudo do princípio democrático pressupõe o conhecimento das obras clássicas do pensamento político. Indispensáveis para a história das ideias e das teorias políticas são:

C. Montesouieu — «UEsprit des Lois», in *Oeuvres Completes,* notas de R. Caíl-
lois, La Plêiade, Paris, 1949-1951. J. J. Rousseau — «Du Contrat Social», in *Oeuvres Completes de J. J. Rousseau,* La
Plêiade, Paris, 1959-1964. J. Locke — *Two Treatises of Government,* introdução e notas de P. Lasett, Cam-
bridge, 1960, 1963.
E. Sieyés — *Qu'est ce que le TiersÉtat?,* ed. de R. Zapperi, Genève, 1970. G. W. Hegel — *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* ed. de J. Hoffmeister,
Hamburg, 4.ª ed., 1955. K. Marx — «Kritik des Hegelschen Staatsrecht», in *Marx-Engels Werke,* Vol. I,
Dietz, Berlin, 1961. — *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie,* idem, Vol. I.

Existem versões destas obras em espanhol, francês e inglês. Algumas delas estão também publicadas em português.

2. Bibliografia

A bibliografia sobre o princípio democrático é praticamente inacabável. Aqui serão referidas obras em língua mais acessível. No roda-pé das anotações poderá encontrar-se a bibliografia especializada.

Agnoli-Bruckner — *Die Transformation der Demokratie,* 1968 (Existe tradução
espanhola. Obra hoje clássica sob a perspectiva de uma crítica «esquerdista» da
democracia). Bachrach, P. — *The Theory ofDemocratic Elitism,* Boston, 1969 (Existe trad. esp.
Importante crítica das teorias pluralistas e elitistas). Duverger, M. —*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* Paris, 15 ed., 1978
(O 1.° volume desta obra é consagrado aos grandes sistemas políticos). Kelsen, M. — *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* 1929 (Existem trad. esp.,
franc, port. Estudo Clássico). Lijphart, A. — *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus in Twenty-
One Countries,* London, 1984 (existem trad. port., esp. e italiana).

A I *HISTÓRIA, MEMÓRIA, TEORIAS*

I — As linhas de força do princípio democrático

A história do conceito de democracia não poderá ser aqui feita[1]. Os tópicos a assinalar dizem já respeito ao pensamento moderno.

a) *O pensamento antidemocrático do liberalismo burguês*

Uma primeira linha de força que se detecta nos escritos do iluminismo e que virá constituir sempre um dos substractos ideológicos do liberalismo (a questão do sufrágio universal é um dos exemplos mais flagrantes) é o *parti prís* contra a ideia de democracia como governo do povo. Inicialmente, a palavra nem sequer era utilizada, mas sim os termos «republique», «société civil», «political society». A democracia associava-se à ideia de «populace» e «sans cullotes». O *individualismo possessivo* traçava claramente as fronteiras entre liberalismo e democracia: «c'est la propriété qui fait le citoyen» (DIDEROT), «A França não é uma democracia e não deve converter-se nela» (SIEYES). Já na Monarquia de Julho, GUIZOT rebaixa a ideia de democracia a um «grito de guerra», a uma «palavra sob a qual se oculta o caos». Este filão antidemocrático detecta-se também nos pais da Constituição dos Estados Unidos (MADI-SON, *Federalist).* Em Portugal, HERCULANO não se proclamava um liberal (um «burguês de quatro costados») mas antidemocrata? É na antidemocracia do liberalismo (E. BURKE, DISRAELI, CONSTANT, W. BAGEHOT) que os autores vêem a origem das chamadas *teorias restritivas da democracia*[2] (a democracia reduzida a um *sistema político representativo e* a *uma forma de domínio).*

b)A tradição radical-democrática

Uma outra corrente, assente na teoria rousseauniana da *volonté générale* e no jacobinismo, acentua o poder de decisão soberano do *«corps du peuple»,* o que apontava para a participação de todos os cidadãos na formação da von-

[1] Cfr. J. A. CHRISTOPHERSEN, *The Meening ofDemocracy, as used in European Ideologies from the French to the Russian Revolution,* Oslo, 1966; A. J. TUDESQ, *La démocratie en France depuis* 1815, Paris, 1971. Sobre o conceito de democracia na antiguidade cfr. MEIER, *Begriff «Demokratie»,* Frankfurt/M, 1979; LAUFER, *Die demokratische Ordnung,* 2.ª ed., Stuttgart/Berlin/Kõln/Mainz, 1970, pp. 13 ss; FRANCIS PAUL BENOIT, *La Démocratie Libérale,* Paris, 1978.

[2] Cfr. R. BAUMLIN, *Lebendige oder gebàndigte Demokratie,* Basel, 1978, p. 11.

A | *HISTÓRIA, MEMÓRIA, TEORIAS*

I — As linhas de força do princípio democrático

A história do conceito de democracia não poderá ser aqui feita[1]. Os tópicos a assinalar dizem já respeito ao pensamento moderno.

a) *O pensamento antidemocrático do liberalismo burguês*

Uma primeira linha de força que se detecta nos escritos do iluminismo e que virá constituir sempre um dos substractos ideológicos do liberalismo (a questão do sufrágio universal é um dos exemplos mais flagrantes) é o *parti pris* contra a ideia de democracia como governo do povo. Inicialmente, a palavra nem sequer era utilizada, mas sim os termos «republique», «société civil», «political society». A democracia associava-se à ideia de «populace» e «sans cullotes». O *individualismo possessivo* traçava claramente as fronteiras entre liberalismo e democracia: «c'est la propriété qui fait le citoyen» (Diderot), «A França não é uma democracia e não deve converter-se nela» (Sieyes). Já na Monarquia de Julho, Guizot rebaixa a ideia de democracia a um «grito de guerra», a uma «palavra sob a qual se oculta o caos». Este filão antidemocrático detecta-se também nos pais da Constituição dos Estados Unidos (Madi-son, *Federalist).* Em Portugal, Herculano não se proclamava um liberal (um «burguês de quatro costados») mas antidemocrata? É na antidemocracia do liberalismo (E. Burke, Disraeli, Constant, W. Bagehot) que os autores vêem a origem das chamadas *teorias restritivas da democracia*[2] (a democracia reduzida a um *sistema político representativo e* a *uma forma de domínio).*

b)A tradição radical-democrática

Uma outra corrente, assente na teoria rousseauniana da *volonté générale* e no jacobinismo, acentua o poder de decisão soberano do *«corps du peuple»,* o que apontava para a participação de todos os cidadãos na formação da von-

[1] Cfr. J. A. Christophersen, *The Meening of Democracy, as used in European Ideologies from the French to the Russian Revolution,* Oslo, 1966; A. J. Tudesq, *La démocratie en France depuis* 1815, Paris, 1971. Sobre o conceito de democracia na antiguidade cfr. Meier, *Begriff «Demokratie»,* Frankfurt/M, 1979; Laufer, *Die demokratische Ordnung,* 2.ª ed., Stuttgart/Berlin/Kõln/Mainz, 1970, pp. 13 ss; Francis PaulBenoit, *La Démocratie Libérale,* Paris, 1978.

[2] Cfr. R. Baumlin, *Lebendige oder gebàndigte Demokratie,* Basel, 1978, p. 11.

tade política da Nação. O poder vinha do povo, era um poder absoluto[3] e a «vontade do povo não se podia representar» (ROBESPIERRE). Além de apontar para uma certa *concepção indentitária* de democracia (identidade entre governantes e governados) em desfavor da ideia representativa, o radicalismo democrático chegou a ultrapassar a ideia de democracia como *forma de estado* e propor uma *«démocratie sociale», comprometida* na criação dos pressupostos existenciais dos cidadãos [4]. Esta ideia de democracia social (Louis BLANC chegou mesmo a utilizar a expressão «Estado de direito democrático e social») transitou depois para os programas dos movimentos operários europeus, desde os lassalistas aos marxistas (Programa de Erfurt)[5].

c) *A democracia representativa*

Não obstante a tendencial antidemocraticidade do liberalismo e do parlamentarismo liberal, a teoria do governo e da democracia representativa acabou por impor-se quando, nos finais do séc. xix e começos do séc. xx, o sufrágio passou a ser praticamente universal. A teoria da soberania nacional ou popular não era totalmente postergada, mas impôs-se também, como padrão, o sistema representativo contra as teorias identitárias, e o mandato livre dos representantes contra o mandato imperativo dos comissários do povo. Este é um dos elementos duradouros da doutrina liberal que se mantêm na actualidade [6].

Das várias perspectivas democráticas deduzem os autores, muitas vezes de forma antinomicamente simplista, os *tópoi* de duas tradições democráticas: igualdade democrática e liberdade civil (burguesa), identidade e representação, princípio democrático da maioria e estado de direito com divisão de poderes, participação universal ou concorrência de elites. Esta terminologia de tensão, embora possa ter o mérito de pôr em relevo a dialéctica subjacente às várias linhas de força, pode não ser o melhor meio para captar os problemas actuais do princípio democrático na perspectiva de uma *teoria complexa da democracia* [7]. Assim, a dimensão representativa do princípio democrático-constitucio-nal não pode conceber-se como simples «ideologia da classe burguesa» e nela

[3] A natureza da teoria da soberania de ROUSSEAU tem sido diversamente interpretada. Alguns vêem nela a continuação do pensamento absolutista. Cfr. por ex., KÃGI, *Rechtsstaat und Demokratie,* cit., p. 129. A distinção clara entre as duas concepções de democracia podia detectar se já em BABEUF quando este caracterizou os dois partidos que desejavam a República: um queria a *«republique bourgeoise et aristocratique»* e outro a *«republique toute populaire et démocratique».* Cfr. RAMM, *Die grossen Sozialister ais Recht und Sozialphilosophen,* Vol. I, 1955, p. 111. Cfr. também L. FERRY/A. RENAUT, *Philosophie Politique,* 3, p. 20 ss.

[4] A ideia de *démocratie sociale* tornar-se-ia o símbolo da esquerda francesa na Monarquia de Julho. Cfr. ALBERT MATHIEZ, *Études sur Robespierre,* Paris, 1973, pp. 23 55.

[5] Cfr. ABENDROTH, *Sozialgeschichte der europáischen Arbeitsbewegung,* Frankfurt/ M, p. 183.

[6] Cfr. SCHEUNER, *Das reprasentàtive Prinzip in der modernen Demokratie,* 1961 = *Staatstheorie und Staatsrecht,* cit., p. 245.

[7] Cfr. sobre este ponto: F. SCHARPF, *Demokratie,* cit.; F. NASCHOLD, *Orgatii-sation und Demokratie,* 3.[8] ed., 1972.

devem reconhecer-se aspirações de *racionalização* e de *qualidade* das prestações políticas (orientação de *outputs);* por outro lado, também não se alcança uma perspectivação correcta da *dimensão participativa* do princípio democrático se, em vez de a considerarmos uma tentativa de *democratização do Estado e da sociedade,* a reduzirmos a uma simples «pampolitização da vida» e a um caminho para a «tirania» identitária. Isto ver-se-á melhor, depois do enquadramento teorético-conceitual das *modernas teorias da democracia.*

II — As modernas teorias da democracia

1. A teoria democrático-pluralista

A chamada *teoria pluralista da democracia,* oriunda dos Estados Unidos, pretende ser uma autocompreensão das democracias ocidentais [9]. O seu teorema fundamental é o seguinte: o processo de formação da vontade democrática não assenta nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstracto da teoria liberal, mas sim em grupos definidos através da frequência de interacções sociais. As decisões estaduais constituiriam, assim, os *inputs* veiculadores das ideias, interesses e exigências dos grupos.

O pluralismo, ancorado numa teoria de *inputs* dos grupos é, ao mesmo tempo, uma teoria empírica e uma teoria normativa. Como teoria empírica pretende captar a realidade social e política das democracias ocidentais, nas quais todas as decisões políticas se reconduziriam a interesses veiculados pelos vários grupos sociais. Como teoria normativa — o pluralismo como ideia dirigente — a teoria pluralista pressuporia um *sistema político aberto,* com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a *chance* de influência efectiva nas decisões políticas. Desta forma, realizar-se-ia a aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, conseguir-se-ia obter uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralístico todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização.

[8] Aludimos aqui a «teorias da democracia», pois, como já foi salientado, «não há hoje uma teoria da democracia, mas teorias da democracia». Assim R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory,* Chicago, 1970, II.ª ed., p. 1; R. BENJAMIN/S.L. ELKIN, (org.) *The Democratic State,* 1985.

[9] Cfr., por ex., D.B. TRUMAN, *The Governmental Process. Political Interest and Public Opinion,* New York, 1951; R. A. DAHL, *Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent,* Chicago, 1967. Em geral sobre as modernas teorias da democracia cfr. F. GRUBE/G. RICHTER, *Demokratietheorien,* Hamburg, 1975. Mais recentemente, cfr. W. A. KELSO, *American Democratic Theory. Pluralism and its Critics,* Westport, Connecticut, 1978. Cfr. ainda K. von BEYME, *Die politis-chen Theorien der Gegenwart,* 1980.

As críticas a esta teoria pluralista da democracia avolumaram-se nos tempos mais recentes: (1) no próprio campo das suas investigações empíricas se demonstrou que a tese da pluralidade de grupos e da sua influência igual e recíproca era infirmada pela demonstração de a influência nos processos de decisão pertencer a uma camada política restrita, sendo a maioria *citizenship without politics* [10]; (2) em segundo lugar, a teoria pluralista não demonstrou terem os diferentes grupos iguais oportunidades de influência política, e deixa pouco esclarecido o modo como se faz a articulação dos interesses destes vários grupos na formação de decisões [u]; (3) a teoria pluralista da democracia apresenta o quadro de uma sociedade fundamentalmente homogénea e harmónica, na qual todos os interesses têm o mesmo peso e são igualmente ponderados; com isto, a teoria pluralista transformou-se em *ideologia de justificação* dos grupos no poder, pois de um pluralismo democrático transita-se para o *Monopolpluralismus,* na expressão de SPINNER [m3]; (4) a teoria pluralista está longe de corresponder a uma *sociedade activa* como, em geral, pressupõem os seus defensores: dentro dos grupos manifesta-se profunda apatia e letargia, que alguns autores (mesmo situados no campo das teorias pluralistas) consideram como défice da democracia [w]; (5) além das críticas anteriores, outras há mais radicalizadas e que costumam ser rotuladas de «críticas de direita» e «críticas de esquerda». As primeiras arrancam da ideia de «unidade do Estado», «unidade política», «domínio neutral do Estado», «estadualidade superpartidária» (tudo unidades pressupostas ou autoritariamente impostas) contra a «dissolução da unidade do Estado através dos grupos» (C. SCHMITT, FORSTHOFF, W. WEBER) [15]. As segundas partem da análise da estrutura social das sociedades pluralistas e concluem ser o pluralismo apenas uma cobertura de legitimação da unidimensio-nalidade capitalista (AGNOLI, MARCUSE, OFFE).
Analisadas as perspectivas da teoria pluralista da democracia e as críticas que lhe são dirigidas, deve situar-se agora o problema no plano normativo--constitucional. Aqui parece-nos líquido que se o *pluralismo* (cfr. art. 2.°) não se reconduz ao idílio concorrencial e à estratégia de legitimação concebida

[10] Foi a conclusão a que chegou R. DAHL no estudo sobre o sistema pluralístico da comuna de New Haven. Cfr. R. DAHL, *Who Governs? Democracy and Powers in American City,* New Haven, 1961, p. 276.
[11] Cfr. C. OFFE, *Politische Herrschaft und Klassenstruktur,* Frankfurt/M. 1969, p. 171.
[12] Cfr. H. SPINNER, *Pluralism ais Erkenntnismodell,* Frankfurt/ M, 1974, pp. 237 ss.
[13] Fora das críticas de esquerda (teoria ,do capitalismo monopolista de Estado, anti-revisionismo, crítica de legitimação), esta tendência do pluralismo é salientada por diversos autores. BAUMLIN, *Lebendige oder gebàndigte Demokratie,* cit. p- 20,; refere-se ao «harmónio» dos interesses tocado pela teoria pluralista como «instrumento suspeito»; F. SCHARPF, *Demokratietheorie,* cit., p. 34, põe em relevo que o plu-1 ralismo como modelo pode ser a acomodação tranquila de grupos saturados: *«fur die* j *friedliche Akkomodation der begrenzten Ziele grundsätzlich saturierter Gruppe».*
[14] Cfr. FRAENKEL, apud SCHARPF, *Demokratietheorie,* cit., p. 21.
[15] Cfr. as considerações de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público,* cit., pp. 111 [e ss"]I e de R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre,* 10." ed., p. 220 ss.

pela teoria pluralista da democracia, ele tem dimensão empírico-normativa indiscutível. O pluralismo é uma *realidade:* sociedade heterogénea de classes e fracções de classes, grupos sociais, económicos, diversidades culturais e ideológicas. Por outro lado, ao pluralismo é assinalada uma evidente dimensão ou componente *normativa:* acentuação do pluralismo de expressão e organização política democráticas como elementos constitutivos de um estado democrático (cfr. art. 2.°) e, nesta medida, recusa de quaisquer reduções autoritárias. Além disso, pretende-se reconhecer às forças sociais e aos grupos colectivos capacidade de transformação qualitativa das relações humanas. Finalmente, o pluralismo é concebido na Constituição como tendo uma força *dialéctica* e, ao mesmo tempo, *dialógica* ex.: pluralismo ideológico nos meios de comunicação social do Estado, art. 39.71 e 2). Com esta dimensão normativa, compreende-se que o pluralismo — sobretudo o pluralismo de expressão e o pluralismo de expressão e organização políticas — seja não apenas uma dimensão do princípio democrático mas também um *elemento constitutivo da ordem constitucional* (art. 288.70-

2. A teoria elitista da democracia

Perante o relativo inêxito da teoria pluralista da democracia em explicar a falta de correspondência entre as intenções normativas e a realidade político-social (pluralismo como facto não demonstrado), a *teoria elitista da democracia* pretende assumir-se como alternativa explicativa. Partindo do conceito de democracia desenvolvido por J. SCHUMPETER — a democracia como *método* (e apenas método) de obter o apoio do povo pela concorrência —, a teoria elitista aceita que a democracia é uma *forma de domínio.* Distinguir-se-ia das outras formas de domínio pelo facto de nela se verificar uma concorrência para o exercício do poder: os governados, de tempos a tempos, através do voto, decidiriam qual a elite concorrente que deveria exercer o poder. No modelo da teoria elitista (diversamente formulado pelos seus adeptos, como DAHL, SARTORI BERELSON, LIPSET, KORNHAUSER, E. SCHATSSCHNEIDER), podem assinalar-se vários elementos caracterizadores: (1) na escolha das políticas alternativas, as camadas não-elitistas não participam activamente, podendo apenas apoiar ou rejeitar o programa das elites; (2) a limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccionismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria; (3) as elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também os interesses das não-elites; (4) a reserva da política às elites é uma defesa contra o *working-class authoritaria-nism* [16], pois só as elites, em virtude de um intensivo processo de «socialização» (cultura política), garantem o processo liberal e democrático.

Das considerações precedentes resulta já que as teorias elitistas manifestam profunda desconfiança em qualquer política de autodeterminação através da participação popular activa. Elas são uma espécie de síntese de uma pre-

16
' A expressão é de S. M. LIPSET, *Political Man,* London, 1966, p. 97, mas ela [e] Ofendida pelos outros adeptos das teorias elitistas.

tensa teoria democrática com uma *teoria das elites de poder* (no conhecido sentido de MOSCA e PARETO): democracia não é o poder do povo, mas poder das elites para o povo que se limita a escolher as elites.

Mesmo que a teoria elitista da democracia corresponda à realidade política de alguns países (assim a conhecida tese da «elite do poder» de C. WRIGHT MILLS), ela não corresponde nem de perto nem de longe ao sentido do princípio democrático na Constituição de 1976: (1) ao contrário da pessimista ideia do «estado de massas autocrático», da «mass society», detecta-se na CRP a ideia de que a vitalidade democrática não assenta na «circulação de elites», mas numa «activa publicidade» (DAHRENDORF), traduzida na participação permanente, aberta e variada do povo na resolução dos problemas nacionais (cfr. art. 9.°/c); (2) em segundo lugar, contra o «bloqueamento» das decisões, pelas elites, dos problemas nacionais — *«non decision making»* [17] — a CRP atribui relevo à participação política (cfr. arts. 48.71, 55.71,118.°, 263.°, 267.°); (3) o princípio democrático não pode assentar ou continuar a assentar *(vide,* atrás, a ideia antidemocrática do liberalismo) numa desconfiança em relação ao povo e na criação de modelos teóricos ou explicativos da protecção das elites perante as «massas» [18], pois o *telos* da democracia é autodeterminação do homem através da participação política dos cidadãos e não apenas das elites (art. 9.7c) [19]; (4) o princípio democrático é entendido como um processo de democratização para cuja realização a lei constitucional atribui importante papel ao princípio participativo (contra a ideia do autoritarismo da classe operária defendida pela teoria elitista); (5) a CRP reconhece e garante um amplo catálogo de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (cfr. arts. 53.° ss.), assegura a participação das «organizações representativas dos trabalhadores» na «execução e no controlo das principais medidas económicas e sociais» (art. 81.70 [e] coloca a "intervenção democrática dos trabalhadores" no elenco dos princípios fundamentais da organização económica (art. 80.74).

3. A teoria da democracia do «ordo-liberalismo»

A «constituição da liberdade» [20] do neoliberalismo assenta no valor irrenunciável que a liberdade económica, sobretudo a propriedade privada dos meios de produção, tem para a ordem social-liberal. A democracia volta a ser definida novamente como «método» através do qual é determinado o que deve valer como lei. A democracia é um método que não assenta fundamentalmente na soberania do povo, como sempre pretenderam os «democratas doutriná-

[17] Sobre o conceito de não decisão cfr., especialmente, BACHRACH/BARATZ, *Power andPoverty. Theory andPratic,* New York, 1970, p. 9 ss.

[18] Cfr. BACHRACH, *The Theory,* cit., p. 10 ss; W. D. NARR, *Theorie der Demokratie,* Stuttgart, 1971, p. 81; BAUMLIN, *Lebendige,* cit., p. 28; PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social,* Rio de Janeiro, 1980, p. 216 ss.

[19] Num sentido diferente, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Participação,* cit.

[20] *Die Verfassung der Freiheit* é, precisamente, o título do livro de um dos mais conhecidos teorizadores do ordo-liberalismo. Cfr. F. V. HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit,* Túbingen, 1969. Entre nós, cfr., por último, LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976,* p. 287 ss.

rios»; ela alicerça-se na ordem económica e social-liberal, na «economia livre de mercado». Uma ordem livre e democrática, definida por regras e leis, baseia-se na afirmação da pessoa humana e nos seus direitos de liberdade[21]. Levada aos extremos, na sua dimensão económica, a teoria democrática do ordo-liberalismo coloca a alternativa: poder ou mercado *(Macht oder Markt,* L. ERHARDT/ MUIXER-ARMACK) [22].

Da esquemática formulação que se acaba de traçar, fácil é de intuir que a discussão do ordo-liberalismo pressupõe a discussão não só dos dois sistemas económicos — capitalismo e socialismo —, como de políticas económicas (social-democracia, liberalismo económico). Isto ultrapassaria a temática do princípio democrático. Basta assinalar que a «liberdade económica» assente na propriedade privada dos meios de produção se converte aqui em «dogma», em *ratio essendi* da democracia e da liberdade. A tentativa de uma «ordem» democrática em que a dignidade e liberdade humanas sejam respeitadas pode partir de outros pressupostos [23]. Isso mesmo pretendeu a Constituição, ao consagrar um *sistema económico complexo,* com várias formações económicas, onde ao lado de um sector privado (art. 82.74), aparecem sectores não capitalistas (cfr., sobretudo, o art. 82.°) [24].

III — A extensão da ideia de democracia

a) *O conceito de «democracia social» como «indicador» de movimentos sociais*

Quando atrás se aludiu às linhas de força do princípio democrático, deixou-se já assinalado que o conceito de democracia bem cedo passou de um conceito «literário» e de um conceito indissociado do problema de forma do Estado (a democracia como forma de Estado) para conceito político-social, verdadeiro «indicador» de movimentos sociais. Assim, o termo «democracia social» surge, inicialmente, para exprimir a ideia de República como «poder do povo», como «resultado da Revolução Social», como «forma constitucional» de realização de uma «nova sociedade». Para a distinguirem da simples «democracia política», os «democratas radicais» (ex.: LEDRU ROLIN) e os «socialistas democratas» pretendiam acentuar, através da fórmula «democracia social», o tom programático-social do princípio democrático [25]. Posteriormente,

[21] Os principais *topói* do ordo-liberalismo ver-se-áo em *Zur Verfassung der Freiheit,* Festgabe fur F. V. HAYEK, 80 Geburtstag, 1979.

[22] Este «maniqueísmo» da concepção «ordo-liberal» foi salientado já por VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição,* 2.ª ed., p. 25.

[23] Cfr. BAUMLIN, *Lebendige Demokratie,* p. 25.

[24] Cfr. mais indicações sobre a caracterização da «constituição económica em GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa,* p. 381 ss.

[25] Cfr. M. DREHER, *Radikale und soziale Demokratie am Ausgang der Juli--Monarchie,* Heidelberg, 1972.

ENGELS [26] refere-se também à luta da democracia contra a aristocracia como uma luta pela «social-democracia». Com uma impregnação partidária mais acentuada e uma estreita ligação com o «movimento operário», a «social--democracia» contrapõe-se à «democracia política» ou «burguesa». O princípio democrático-social é considerado como um «princípio proletário», um «princípio de massas» [27].

b) *«Movimento constitucional», «Questão social» e «direitos sociais»*

A extensão da ideia de democracia no sentido da «socialidade» é histórica e politicamente ininteligível se a não relacionarmos com a «Questão Social» do séc. Xix, a qual, na sua essência, se reconduzia a uma «questão do trabalho» [28]. O movimento constitucional liberal orientara a sua luta contra o absolutismo estadual, o arbítrio do poder, as sobrevivências feudais e o proteccionismo mercantilista. Lema fundamental: *liberdade* e *propriedade.* Contra a unidimensionalização individualista, egoísta e proprietária do liberalismo, contra a proletarização crescente das classes trabalhadoras, o movimento operário reclama *justiça social* e *igualdade:* segurança social, fim da «exploração do homem pelo homem». Isto é hoje indiscutivelmente considerado como o primeiro e mais importante «background» histórico-social do moderno princípio da democracia económica e social[29] (cfr. arts. 2.° e 9.7c da CRP).

c) *O Estado de direito social como «extensão do pensamento do Estado de direito material»*

Profunda influência — pelo menos teórica — para a consagração constitucional da ideia de socialidade teve o pensamento de H. HELLER quando, ainda na época de Weimar, defendeu que a ideia de democracia social reclamada pelo «proletariado» «representava a extensão do pensamento do Estado de direito material à ordem do trabalho e dos bens» [30]. Tratava-se já de uma proposta política programática, no sentido de uma profunda democratização da economia através da reestruturação da ordem de domínio patrimonial. E é neste sentido que alguns autores continuam a interpretar o pensamento do Estado de direito social e democrático: «o Estado de direito da democracia implica uma

[26] Cfr. ENGELS, «Die Lage Englands. Die Englisch Konstitution», 1844, in *MEW,* Vol. 1,1975, p. 592.

[27] Cfr. ENGELS, «Fest der Nationen in London», in *MEW, Vol.* 2, p. 613.

[28] Cfr. BADURA, «Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland», in *Der Staat,* n.° 14 (1975), pp. 17 ss.

[29] Cfr., por ex., MAUNZ-DÚRIG-HERZOG, *Grundgesetz,* Kommentar, art. 20, n.° 157; K. LÔEWENSTEIN, *Verfassungslehre,* 2.ª ed., p. 342. No plano constitucional positivo, é de assinalar o carácter pioneiro das constituições francesas de 1793 e 1848 (onde se consagrou o direito ao trabalho) e da Constituição mexicana (1919) com um amplo programa de socialização. Cfr. VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição,* cit., pp. 77 ss.

[30] Cfr. H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?,* cit., p. 149.

extensão da democracia à ordem social e económica e à vida cultural» [31], e, consequentemente, uma transformação socialista da ordem económica e social. A articulação da cláusula de socialidade com o princípio democrático e a acentuação das «três dimensões» da socialidade (dever de socialidade do Estado, conexão social dos direitos fundamentais e homogenização do Estado e sociedade) conduz outro autor a interpretar também a socialidade num sentido de transformações socialistas da sociedade [32].

d) *Socialidade e «capitalismo social»*

As interpretações anteriores da extensão do conceito de democracia reconduzem-se, fundamentalmente, à ideia de conexão da democracia com o socialismo. Mas a dimensão social da democracia é também interpretada no sentido daquilo a que vulgarmente se chama o modelo do *capitalismo social.* Aqui o *status quo* económico no que respeita à estrutura da propriedade e posse dos meios de produção mantém-se inalterado, mas adopta-se uma *política social* que abrange não apenas medidas de protecção existenciais (o que em língua alemã se chama *Daseinsvorsorge),* mas também a criação de *infra--estruturas sociais* conjugadas com uma política geral de desenvolvimento (o chamado *allgemeine Wachstumsvorsorge)* [33].

A teoria da *democracia participativa* considera-se como teoria crítica da teoria pluralista e como alternativa para o impasse do sistema representativo. O seu ponto de partida fundamental é o interesse básico dos indivíduos na autodeterminação política e na abolição do domínio dos homens sobre os homens. Contra uma teoria democrática representativa, totalmente *absortiva* (isto é, que exclui os direitos e participação directa democrática) e contra um *mandato livre,* totalmente desvinculado dos cidadãos, a teoria da participação aspira à realização da ideia de democracia como poder do povo, juntando todas as suas componentes: individualistas, colectivistas, ideal radicaldemocráticoO, autodeterminação individual e domínio do povo. É uma longa tradição (desde a «Comuna de Paris» ao anarquismo, do sistema de conselhos à oposição extra-parlamentar) e que hoje defende a formação da vontade política de «baixo para cima», num processo de estrutura de decisões com a participação de todos os cidadãos. Fundamentalmente em aberto ficam nesta teoria dois problemas:

(1) como é que do modelo de participação em pequenas unidades (fábricas, escolas) se passa para o modelo de articulação central de decisões participadas;

(2) demonstrar que o modelo participativo pode (e os termos em que pode) transformar a «apatia» dos cidadãos (uma inegável realidade empírica em

[31] Cfr. ABENDROTH, «Der demokratische und soziale Rechtsstaat ais politischer Auftrag», in *Der Biirgerliche Rechtsstaat,* cit., pp. 265 ss.

[32] Cfr. H. RIDDER, *Zur Verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland,* 1960, p. 3 ss; *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes,* 1975, pp. 44 ss.

[33] Cfr., por ex., MAUNZ-DÚRIG-HERZOG-SCHOLZ, art. 20, n.° 157; ZACHER «Das soziale Staatsziel», in ISENSEE / KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts,* I, p. 1082.

muitos países) numa sociedade activa [34]. Mas, para além disto, a teoria da democracia participativa levanta, no fundo, os problemas da *teoria da democratização:* a realização do princípio democrático em todos os domínios da sociedade[35].
O problema da *democratização* coloca, efectivamente, o problema central, atrás referido, quanto ao sentido do princípio democrático — *democratização da democracia.* Vejamos alguns tópicos problemáticos, através de uma referência sintética do espectro de opiniões. Antes disso, apenas um esclarecimento terminológico. *Participação ou democracia participativa em sentido amplo* abrange a participação através do voto, de acordo com os processos e formas da democracia representativa; *participação em sentido restrito é* uma forma mais alargada do concurso dos cidadãos para a tomada de decisões, muitas vezes de forma directa e não convencional. É neste último sentido que o tema será utilizado nas considerações subsequentes.
Quanto ao problema da democratização através da participação podem detectar-se cinco posições. (I) A posição mais conservadora considera o conceito de democracia indissociável do conceito de Estado de direito, ao qual estaria subordinado. Democracia é menos um fim do que um meio — o meio necessário e auxiliar para garantir o Estado de direito. A democracia é o «domínio do impolítico» (Baumann) e o preenchimento do conceito através da mobilização e politicização do povo é perigoso, sendo precisamente o «enga-gement» político da República de Weimar que levou Hitler ao poder. A democratização e a participação conduzem à perda da autoridade do Estado e à dissolução do Estado de direito. É possível apontar já que a valoração pessimista do conceito de participação tem subjacente a igualdade democra-tização-caos e a precipitada inferência de que a participação conduz à subversão dos valores do Estado, das elites e dos partidos depositários de uma certa «cultura». (II) Numa outra posição, mais liberal, considera-se, positivamente, a democracia como um princípio político, mas, tal como na argu-mentação anterior, ela só pode compreender-se dentro dos quadros do sistema representativo e apenas no campo da decisão política. Nos outros domínios, como escolas, fábricas, universidades, domina uma fundamental desigualdade de pressupostos que só por si proíbe a transferência acrítica do princípio político da democracia [36]. Também aqui se nota uma certa falta de serenidade

[34] Cfr. F. Scharpf, *Demokratietheorie,* cit., pp. 54 ss.

[35] Cfr., sobretudo, *Demokratisierung in Staat und Gesellschaft,* org. de M. Greiffenhagen, Miinchen, 1973; K. Otto Hondrich, *Demokratisierung und Leistungsgesellschaft,* Stuttgart/Berlin/Kõln/Maiz; F. A. Hollihn, *Partizipation und Demokratie,* Baden-Baden, 1978; A. Benjamin / L. Elkin, *The Democratic State,* Lawrence, 1985; A. Botwinick, *Wittgenstein, Skepticism and political Participation,* New York/London, 1985; B. Holden, «New Direction in Democratic Theory», in *Political Studies,* XXXVI (1988), p. 324 ss. Entre nós, cfr., por último, Baptista Machado, *Democratização e Neutralidade do Estado na Constituição de 1976,* pp. 112 ss.

[36] Cfr. W. Hennis, *Demokratisierung — zur Problematik eines Begriffs,* in H. Greiffenhagen, *Demokratisierung,* cit., pp. 47 ss. Por último, cfr. C. Lindner, *Kritik der Theorie der partizipatorischen Demokratie,* Darmstadt, 1990, p. 33 ss.

(mesmo racional) para compreender o fenómeno da participação. Isso é patente nas fórmulas explosivas de um dos seus conhecidos críticos: «a exigência de democratização não é como qualquer ideologia, simples falta de consciência social, mas uma revolta contra a natureza» (HENNIS). Como corolário lógico, a participação significa menos democracia, privação do desenvolvimento da liberdade individual, diminuição da responsabilidade dos órgãos centrais em relação a domínios particulares (exs.: universidades e escolas). A consequência inevitável é a dissolução do Estado de direito, a «agonia da liberdade» *(«Agonie der Freiheit»,* HENNIS). (III) Como refracção da teoria pluralista da democracia, também é possível assinalar-se um conceito *pluralista de participação.* A democracia continua a ser um método de decisão no sentido tradicional mas não restrito a domínios políticos. Em certos domínios sociais em que a concorrência dos grupos é, à semelhança das leis do mercado, um garante da flexibilidade e estabilidade do sistema, pode pôr-se o problema da participação. É certo que não se trata de uma democratização total; a participação é um meio de estabilidade e não um meio de mudança do sistema. De qualquer modo, a participação é já valorada positivamente: ela é, quer se queira ou não, um problema das sociedades modernas[37]. (IV) Uma outra perspectiva, situada já nos quadrantes de «esquerda», é aquela que considera a democracia como um fim autónomo que deve realizar a autodeterminação dos indivíduos em todos os domínios sociais. Participação política é idêntica a *autodeterminação* (HABERMAS). AO contrário da teoria pluralista, a participação não é aqui visualizada como factor de integração e estabilização de relações do poder existentes; ela deve orientar-se para a distribuição e mudança do poder nos vários domínios sociais. (V) Esta mesma ideia é avançada, num sentido mais radical, por aqueles que associam a democracia e o socialismo (posições socialistas-radical-democratas e marxistas): a democracia real implica a criação de igualdade e liberdade em todos os domínios e daí que a democratização seja um processo global da sociedade. Contra a crise provocada pela concentração económica e a burocratização (posição radical socialista) é necessário um movimento de democratização tendente a uma transformação multifrontal da sociedade[38]. Com uma acentuação marxista, a participação é entendida como uma forma de combate do sistema, discutindo-se, porém, se algumas formas de participação como a co-gestão e acções espontâneas serão instrumentos apropriados para esse combate. Embora não seja muito claramente formulada, esta tese parece resumir-se ao seguinte: a participação não é um valor em si, mas apenas um meio de democratização quando contribua para a *mudança de poder, a mudança das relações de domínio e a mudança de estilo de direcção* [y>].

[37] Cfr. W. DETTLING, *Demokratisierung Wege undlrrwege,* Kõln, 1974.

[38] Cfr. F. VILLMAR, *Strategien der Demokratisierung, 2."* vol., Neuwied, 1973.

[39] Cfr., por ex., KLEMM, *Zur Rolle der Biirgerinitiative in der BRD,* IPW, Bericht, 1973/9, pp. 3 ss. Uma visão global das posições referidas no texto pode encontrar-se em *Partizipation —Demokratisierung —Mitbestimmung,* org. de U. v. ALEMANN, Opladen, 1975, pp. 13 ss.

IV — Princípio democrático e limites da democracia: a ingovernabilidade

«Limites da democracia», «crise da democracia», «mais liberdade e não democracia», «problema da governabilidade», «excesso de carga do governo», são alguns dos títulos com que as teorias conservadoras do Estado têm vindo a insinuar que a «democratização» é um perigoso instrumento antidemocrático. O «ataque» teórico é conduzido a vários níveis — desde o económico ao social, passando pelo cultural e político. Não sendo este o lugar para um debate do problema nas suas várias dimensões, atentemos em alguns enquadramentos teoréticos e propostas de solução.

a) *Excesso de carga do governo*

O *Overload Government,* a *Regierungsuberlastung, o* «excesso de carga do governo» reconduzir-se-ia, numa das suas últimas afinações teóricas, à necessidade de retrocesso na evolução do Estado social e de regresso ao «Estado mínimo». De acordo com o «modelo de três graus (A. ROSE), haveria um *Estado mínimo* circunscrito a *actividades deflnitórias* (segurança externa, ordem interna, fornecimento de meios financeiros para certas actividades); deste Estado mínimo transitou-se para um *Estado produtivo,* composto por actividades definitórias e *actividades económicas* (transportes, comunicações, energia, alimentação); daqui passou-se para o *Estado de bem-estar,* com actividades definitórias, económicas e sociais (saúde, educação, segurança social). Isto originou uma política crescente de tarefas, inevitavelmente conducente a *expectativas escalantes* sobre a política. Gera-se um círculo vicioso: mais tarefas, mais satisfações sociais, mais política, mais reivindicações, mais politiza-ção de temas e conflitos.

b) *Limites da liberdade*

O remédio para o perigo de um governo de não-liberdade seria um Estado mínimo. BUCHANAN tenta, no livro *The Limits of Liberty* [40], demonstrar esta tese: segundo a concepção de sociedade individualista, o Estado não deve nem pode ter fins próprios específicos, mas apenas «agregar alocações espontâneas» e mecanismos de preferências individuais. Não haveria, assim, *interesse público,* mas um método de maximização de interesses individuais. O Estado é um Estado mínimo, cuja única função é a de proteger a ordem, assente nos direitos individuais e no título de propriedade. Estes direitos e este título serão definidos pelo *mercado.* Um bem colectivo só poderia ser produzido eficientemente quando todos os indivíduos que o podem consumir participam nos custos de produção *(contrato* entre os eventuais consumidores). Todavia, como não há unanimidade, verifica-se um poder de coerção, assente em maiorias mínimas, a tentar produzir bens; por outro lado, assiste-se à tentativa das mino-

[40] Cfr. BUCHANAN, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan,* Chicago/London, 1975; BALDASSARE, (org.), / *limiti delia democrazia,* Bari-Roma, 1985.

rias em influenciarem as decisões colectivas. Isso conduz a uma permanente *extensão das decisões colectivas* e à superprodução de bens. Novo mecanismo se desencadeia: a *produção da lei,* com o inevitável aumento da organização e administração *(burocracia).* A quinta essência da análise de Buchanan é a *tese* de que o Estado democrático, conformado por uma constituição por todos reconhecida, revela uma propensão para se tornar em aparelho de coerção — o novo *Leviathan.*

c) *Polarização do sistema partidário*

Com base na diferença entre o volume de *pretensões e a capacidade* do sistema, argumen'tà-se também que isto leva os partidos a promessas não realizáveis e daí a crescente frustração das camadas sociais. A frustração acumulada conduz não só à polarização partidária como a movimentos sociais. No meio desta dinâmica, o governo afunda-se.

Poder-se-iam repetir os esquemas teóricos. Salientem-se apenas algumas das medidas para reduzir as pretensões: nova *revolução constitucional* assente no contrato, nos direitos individuais e no título de propriedade (Buchanan); «privatização» e «desestatização»; restauração da concorrência; novos destinatários para as «novas questões sociais» (o «desemprego natural» de Friedman); institucionalização do controlo social através de uma nova pedagogia de dis-ciplinização dos professores e do reforço dos pais nas escolas; instalação de mecanismos de filtração para refrear os impulsos de *input,* como, por ex., instituições «partidárias» que filtrem o conhecimento das prestações (Hennis, Arnim); controlo das fontes de informação; marginalização dos intelectuais nocivos e dos grupos que lhe estão próximos (Crozier/Huntington/J. Wanatuki)[41].

O menos que se poderá dizer é que estamos perante sofisticadas formulações teóricas de concepções *restritivas da democracia,* enraizadas num doentio pessimismo cultural. Em termos não-dogmáticos, é evidente que à democracia se colocam problemas de *estratégia administrativa* — melhoramento da capacidade de prestação e direcção — e problemas de *estratégia política* — mobilização (mesmo por consenso) dos cidadãos para as possibilidades do alargamento do horizonte económico-social (Offe).

Também se poderá discutir, sem preconceitos, o cavalo de batalha dessas concepções conservadoras: as *tarefas do Estado.* Como se chegou à extensão das tarefas estaduais? Quer se parta da posição marxista, dentro das perspectivas de uma «Crítica da Economia Política» (capitalismo monopolista de Estado [42]), quer de uma teoria liberal (o Estado social como anomalia [43]), o problema das tarefas do Estado é, como problema do conhecimento e instalação de uma «boa ordem»,

[41] Cfr. M. Crozier / S. P. Huntington / Wanatuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission,* New York,

[42] Cfr. Altvater / L. Basso / C. Offe, *Rahmensbedingungen und Schranken staatlichen Handelns,* Frankfurt/ M, 1976, pp. 54 ss.

[43] Cfr. W. Albergs, *Die òffentliche Hand ais Produzem,* in W. Geiger (org.) —*Der Wirstschafende Staat,* Th. Keller, zum Geburtstag, Tubingen, 1970.

um *problema «situado»* numa determinada *«situação histórica»* [44]. A definição das tarefas estaduais do Estado democrático português, feita na Constituição, não foi, por ex., uma simples dedução de um conceito abstracto de «sistema» ou de «Estado», mas uma consequência de necessidade de manutenção do próprio sistema democrático, num determinado contexto histórico (a aprovação democrática, constitucionalmente plasmada, da ordenação intencional da sociedade portuguesa, parecia implicar, nesse momento concreto, um alargamento das tarefas do Estado com a consequente compressão da iniciativa privada).
Quanto à terapia para o «excesso» de democracia e para a ingovernabili-dade, facilmente se detecta o programa autoritário conservador. Subjacente a toda a controvérsia da «governabilidade» está o problema da democracia social e económica. A tese do «governo sobrecarregado» pretende conjugar um «realismo sociológico» como uma «visão retrospectiva» da sociedade. Daí que lhe escasseiem as «propostas positivas» para a compreensão do princípio da democracia económica e social. Cfr. C. OFFE, in HABERMAS (org.), *Geistigen Situation der Zeit,* Frankfurt/M. 1979, Vol. 1, p. 316, que recorda as palavras de Gramsci sobre os fenómenos mórbidos que aparecem quando o velho está a morrer e o novo ainda não nasceu. Um deles é, precisamente, esta cobertura teórica ao movimento da «revolta dos contribuintes» que pretende contestar, irresponsavelmente, os próprios programas sociais dos partidos sociais democratas. Com razão, SEILER, *Partis Politiques,* cit. p. 211, fala do *«incivisme des nantis»* como uma típica reacção a incluir no rol do *«bestiaire du conser-vatisme»,* ao lado da reacção nostálgica, da reacção fascista, do *Uomo Qualun-que* e do miserabilismo rural. Cfr. também BERTRAM GROSS, *Friedly Fascism. The New Face of Power in America,* New York, 1980.

B | *A CARACTERIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO*

1. A democracia como princípio normativo

A Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se «decidiu» por uma teoria em abstracto antes procurou uma ordenação normativa para um país e para uma *realidade histórica.*

Da mesma forma que o princípio do Estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. A Cons-

[44] Cfr. G. HESSE, *Staatsaufgaben,* Baden-Baden, 1979; L. GALL, in *Staat und Gesellschaft im politisches Wandel,* Stuttgart, 1979.

tituição portuguesa de 1976 respondeu normativamente aos problemas da *legitimidade-legitimação* da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais: *normativo-substancialmente,* porque a constituição condicionou a *legitimidade* do domínio político à prossecução de determinados fíns e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática); *normativo-processualmente,* porque vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos *(Legitimation durch Verfahren).* Veremos como a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida,* como *forma de racionalização do processo político* e *como forma de legitimação do poder* [46]. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados. Como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade. O art. 2.°, conjugado com outros artigos (cfr., por ex., arts. 9.° e 81.°), sugere a existência de um *objectivo* a realizar através da democracia. Nisto se reflecte já a irredutibilidade do princípio a uma simples teoria descritiva ou empírica de democracia.

2. O princípio democrático-normativo como princípio complexo

Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas *teorias complexas da democracia)* se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa — órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibili-

[45] Sobre a eficácia jurídica do princípio democrático, cfr. M. Aragon, «La Eficácia Jurídica dei Princípio Democrático», in *REDC,* 24 (1988), pp. 9 ss. Entre nós cf., por último, Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* cit., Cap. II, 5, 6 e 7.

dades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2.°), a participação democrática dos cidadãos (art. 9.7c), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 112.°) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2.°). Com a consagração de uma inequívoca dimensão representativa do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural desta dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar *eficiência, selectividade e racionalidade* ao princípio democrático *(orientação de 'output').* Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição alicerçou a dimensão participativa como outra componente essencial da democracia. As premissas antropo-lógico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política *(orientação de 'input').* Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como optimização de participação, a Lei Fundamental «apostou» num conceito «complexo-normativo», traduzido numa relação dialéctica (mas também integradora) dos dois elementos — representativo e participativo.

3. A democracia como processo de democratização

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal,* irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta* e *activa,* oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade económica, política e social (cfr. CRP, art. *9.°ld).* Neste sentido se podem interpretar os preceitos constitucionais que apontam para a transformação da República portuguesa numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1.°), para a realização da democracia económica, social e cultural (art. 2.°) e para a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como para a efectivação de direitos económicos, sociais e culturais

mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. *9.°ld).*

4. O princípio democrático como princípio informador do Estado e da sociedade

A interpretação do postulado essencial do princípio democrático de que «todo o poder vem do povo» reconduzia-se, na teoria clássica, à exigência da organização do Estado segundo os princípios democráticos. Excepcionalmente, admitia-se que o postulado da organização democrática fosse extensivo aos partidos políticos em virtude da importância destes para a formação da vontade democrática. O princípio democrático aponta, porém, no sentido constitucional, para um *processo de democratização* aberto a horizontes de esperança nos diferentes aspectos da vida económica, social e cultural. O controlo da gestão (art. 54.75.76), a gestão democrática das escolas (art. 77.°), a liberdade interna da imprensa (art. 38.7a), a participação na administração local (art. 237.°), são exemplos do entendimento do princípio democrático como princípio informador do Estado e da sociedade. A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia.*

Diga-se, porém: democratização não é «totalitarismo» e politização da vida; a sua finalidade não reside em criar um *micropluralismo,* em alicerçar um corporativismo decisório, em dissolver a democracia em «democracias» (democratização de universidade, democratização de empresa, democratização da cultura), e regressar a «utopias autogestionárias». Visa-se criar uma *publicidade activa* (DAHRENDORF) através da participação activa na discussão sobre as possibilidades, fins e alternativas nos processos de decisão política. Trata-se de tornar transparentes os vários «subsistemas sociais» e realizar uma mudança de domínio e de estilo de direcção [47].

5. O princípio democrático como princípio de organização

Assinalou-se atrás (cfr. Parte I, Cap. 2.°) que o poder político assenta em estruturas de domínio. O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mas implica uma *forma* de orga-

[46] Cfr. DAHRENDORF, *Aktive and passive Òffentlichkeit,* Merkur, 21 (1960); F. SCHARPF, *Demokratíetheorie,* cit., p. 87; DENNINGER, *Staatsrecht,* I, p. 58 ss.

nização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como *princípio de organização* da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade ente governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4.°) é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo.

C | *A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO*

I — O princípio da soberania popular

O princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas:

(1) *O domínio político* — o domínio de homens sobre homens — não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem — legitimação.

(2) A *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância «fora» do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática).

(3) *O povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa,* o poder do povo dis-tingue-se de outras formas de domínio «não populares» (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva,* a necessidade de uma legimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder deriva concretamente do povo): o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação; ela vem do povo e a este se deve reconduzir.

(4) *A soberania popular* — o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo — existe, é eficaz e

(5)
vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio (cfr. CRP, art. 2.° e 10.°).

A *constituição* material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia», pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as «decisões» e «manifestações de vontade do povo» são jurídica e politicamente relevantes [47].

II — O princípio da representação popular

1. Sentido da representação

A representação, como componente do princípio democrático, assenta nos seguintes postulados: (1) exercício jurídico, constitucio-nalmente autorizado, de «funções de domínio», feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; (2) derivação directa ou indirecta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular; (3) exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo [48]. Nisto se resumia a tradicional ideia de Lincoln: «governo do povo, pelo povo, para o povo.»

[47] Cfr. Badura, «Die Parlamentarische Demokratie» que fala de *organisa-torische Bauplan der Demokratie,* e E. W. Böckenförde, «Demokratie ais Verfassungs-prinzip», ambos em Isensee / Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I, pp. 887 ss. e 953 ss.; M. Araoon, «La Eficácia Jurídica dei Princípio Democrático», in *REDC,* 24(1988), pp. 9 ss.

[48] Para uma discussão «aggiornada» do problema da representação cfr. o n.° 7/1978 da revista *Pouvoirs: «Le regime réprésentatif est-il démocratique?»;* N. Bobbio, «Quali alternative alia democracia representativa», in F. Coen (org.), *// Marxismo e lo Stato,* Nuova serie dei Quaderni di «Mondoperario», 1976, n.° 4; H. Boldt, «Parlamentarismustheorie», in Der *Staat,* 19 (1980), p. 385; A. Ruiz Miguel, «Problemas dei Âmbito de la Democracia»; F. Laporta, «Sobre la Teoria de la Democracia y el concepto de Representacion Política: alcunas propostas para debate»; Garzon Valdez, «Representacion y Democracia», in *DOXA, Cuadernos de Filosofia dei Derecho,* 6(1989), pp. 97 ss.; Pasquino (org.), *Rappresentanza e*

A constituição portuguesa elege como «modus» primário de realização da «vontade do povo» a *representação parlamentar. A* representação democrática significa, em primeiro lugar, a autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. Esta autorização e legitimação jurídico-formal concedida a um órgão «governante» (delegação da vontade) para exercer o poder político designa-se *representação formal.*

A representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz, porém, a uma simples «delegação da vontade do povo». A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus actos, pois só quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos actos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes actos, é possível afirmar a existência e a realização de uma *representação democrática material.* Existe, pois, na representação democrática, um *momento referencial substantivo,* um *momento normativo,* que, de forma tendencial, se pode reconduzir às três ideias seguintes.

(1) Representação como *actuação* (cuidado) no interesse de outros e, concretamente, dos cidadãos portugueses.

(2) Representação como *disposição para responder (respon-siveness,* na terminologia norte-americana) [49], ou seja, sensibilização e capacidade de percepção dos representantes para decidir em congruência com os desejos e necessidades dos representados, afectados e vinculados pelos actos dos representantes.

(3) Representação como *processo dialéctico entre representantes* e *representados* no sentido de uma realização actua-lizante dos momentos ou *interesses universalizáveis do*

Democrazia, Bari, 1988, p. 5; TORRES DEL MORAL «Democracia y Representacion en los origenes del Estado Constitucional», in *REP,* 203 (1975), p. 145 ss; S. RIALS, «Représentations de la répresentation», in *Droits,* 6/1987; F. D'ARCY / G. SAEL, *La Représentation,* Paris, 1985; NOCILLA / CIAURRO, «Rappresentanza política», in *Ene. del. Dir.,* XXXVIII, 1987, p. 555 ss.

[49] Cfr., por todos, EULAU / KARPS, *The Puzzle of Reprasentation. Specifying Components of Responsiveness,* in «Legislative Studies Quarterly», 2 (1977), pp. 233 ss., recolhido em FISICHELLA (org.), *La Rappresentanza política,* 1983; BÒCKENFÒRDE, «Democrazia e Rappresentanza», in *Quaderni Costituzionali,* V (1985).

povo e existentes no povo (não em puras ideias de dever ser ou em valores apriorísticos)[50].

2. Representação e identidade: o debate teórico

As discussões actuais desenvolvidas pela teoria do Estado, a ciência política e o direito constitucional sobre o conceito de democracia continuam a ser dominadas pelo problema da *tensão* e do *compromisso entre a «componente representativa»* e a *«componente plebiscitaria» do Estado constitucional democrático* [51]. No horizonte histórico permanece a *dicotomia entre democracia representativa ou indirecta e democracia directa ou plebiscitaria:* esta última aproxima-se do ideal de identidade entre governantes e governados; a primeira aspira à realização da «vontade hipotética» da Nação (Fraenkel) que apenas pode ser «representada» pelos representantes reunidos no Parlamento. Que o tema continua a ser agitado é o que demonstram alguns dos mais importantes contributos teóricos dos últimos anos. Por um lado, Leibholz, ao analisar a mudança de estrutura da moderna democracia, chega à conclusão de que «o moderno Estado de partidos» *(Parteienstaat)* não é, segundo a sua essência e forma, outra coisa senão uma «forma racionalizada de manifestação da democracia plebiscitaria» — ou se se quiser — uma «subrogação da democracia directa nos modernos estados» [52] Na mesma perspectiva, Fraenkel estuda as «componentes representativas plebiscitarias no moderno estado constitucional democrático» [53], salientando a *«Spannungsverhàltnis»* (relação de tensão) existente entre elas. Ambas as componentes trazem no próprio seio o perigo da auto-aniquilação: a representação, através do isolamento, cooptação e corrupção, tende a cristalizar-se e rigidificar-se numa simples «clique» política[54]; a

[50] Salientando esta ideia de actualização como ponto de referência normativo, cfr. BòckenfÕrde, «Demokratie ais Verfassungsprinzip», in Isensee / Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I, p. 940. Cfr. também, entre nós, R. Leite Pinto, «Democracia Pluralista Consensual», in *ROA,* 1984, pp. 263 ss.

[51] Cfr., por último, W. Steffani, *Pluralistische Demokratie,* 1980, p. 149 ss. Um estudo, hoje pouco conhecido, mas que influenciou os teóricos do gaullismo e as práticas plebiscitário-referendárias foi o de Carré de Malberg, de 1931: «Considé-rations sur la question de la combination du referendum avec le parlamentarisme», in *RDPSP,* 1931, pp. 1931, pp. 232 ss. Vejam-se, porém, as objecções feitas já nessa época à tendência referendaria por Mirkine Guetzevitch, *Nouvellles Tendances du Droit Constitutionnel,* Paris, 1931, e por G. Burdeau, *Le regime parlamentaire dans les constitutions européennes d'aprés-guerre,* Paris, 1932, sobretudo, p. 274.

[52] Cfr. G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie,* Frankfurt/M, 1974, cit., p. 93.

[53] Cfr. E. Fraenkel, «Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat», in *Deutschland und die westlichen Demokratie.* cit., pp. 113 ss; R. Capitant, *Écrits constitutionnels,* Paris, 1982, p. 266 ss.

[54] Cfr., P. Pactet, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* p. 50; D- Turpin, «Critiques de la représentations», in *Pouvoirs,* 7/1978, pp. 7 ss.

identidade tende para a substituição da vontade colectiva, simbolizada pelo parlamento, por uma sociedade plebiscitariamente organizada, representada por uma única pessoa. *Oligarquia* — eis o perigo da representação; *cesarismo* — eis o perigo da componente plebiscitaria. A solução estaria numa «mistura» *(Mischung)* das duas componentes — um sistema de governo democrático-plebiscitário-representativo. Um outro influente teórico da constituição — K. LOEWENSTEIN[55] — salientava que o parlamentarismo não apresentava nada de novo (... *es im Westen hier nichts Neues gibi).* Do lado da chamada «crítica esquerdista», J. AGNOLI[56] desencadeia um violento ataque contra o «parlamentarismo», que acusa de estar no centro da involução do Estado de direito para um Estado autoritário, um Estado de segurança do capitalismo, um «Estado de necessidade». «O princípio da representação — o cerne do parlamentarismo — foi imaginado, querido e realizado, a nível constitucional, com uma função repressiva precisa. Para combater esta «correia de transmissão de decisões da oligarquia política» impunha-se uma radical mudança no sentido de emancipação e da democratização através de «uma crescente participação das massas no processo de decisão económica, política e cultural» [57].

Mais uma vez se torna necessário abandonar um esquema dicotómico simplista para compreender a dimensão normativa do princípio democrático português. Eis algumas observações a este respeito, que, de resto, devem ser completadas pelas ideias já anteriormente expendidas. (I) *«Paradoxia» do Parlamento Democrático* [58]: embora a «representação» seja a *«ratio essendi»* do princípio democrático e a condição necessária das «decisões justas», a dimensão representativa plasmada normativamente na Constituição não se reduz, porém, a uma simples representação oligárquica da burguesia, antes a anima um "espírito" tendencialmente democrático. (II) *Dimensão participativa:* não obstante a devida valoração do elemento representativo, a Constituição teve em conta a razoabilidade das críticas ao défice democrático do princípio representativo e articulou formas de *democratização e participação* que reforçam a ideia de democracia como processo global dõ Estado e da sociedade. (III) *Exclusão de instrumentos plebiscitários na formação da vontade política:* a compreensão do princípio democrático como «processo de democratização» não levou, porém, a uma «mistura» de elementos representativos e plebiscitários na formação da vontade política. Com efeito, a Constituição consagra agora o referendo político-legislativo e as iniciativas a nível local, mas em termos claramente afirmativos da normatividade constitucional e não da sua transcendência plebiscitaria (art. 118.°). A razão disso está resumida por LOEWENSTEIN nestes termos: «O plebiscito é, portanto, conforme o ambiente em que ele aconteceu, ou uma forma altamente refinada ou um instrumento primitivo de formação da vontade do povo ou do Esta-

[55] Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre,* Nachtrag de 1969, p. 469.

[56] Cfr. AGNOLI/BRUCKNER, *Die Transformation der Demokratie,* cit., pp. 10 ss.

[57] Cfr. AGNOLI, *Die Transformation,* cit., p. 7.

[58] Cfr. FRAENKEL, *Die representative und die plebiszitàre Komponente,* cit., 13; BOBBIO, «QualFalternative alia democrazia reppresentative», *Mondoperio,* 5, n." 8, 9 e 10.

do» [59]. E a história aí estava a demonstrar os perigos da «tentação plebiscitaria»: 1) o plebiscito como forma de processo de *reforço do poder pessoal* (ex: plebiscitos napoleónicos e gaullistas); 2) o plebiscito como forma de superação dos partidos e da representação partidária (ex.: República de Weimar); 3) o plebiscito como caminho para o «decisionismo» ou «existencialismo» jurídico (República de Weimar e gaullismo).

A relativa perda da crença na *«ratio»* do princípio representativo tem de garantir-se, apesar de tudo, contra a *«emotio»* do regime plebiscitário. Foi precisamente isto que levou o pensamento parlamentar-republicano francês a erigir em «dogma de segurança da República» (FRAENKEL) a rejeição da possibilidade do apelo directo do chefe de Estado aos cidadãos [60]. A ideia do princípio plebiscitário permanece inalterável: a legitimidade popular revela-se sempre superior a qualquer outra e, por isso, a constituição é, de facto, aquilo que o povo, solicitado pelo Presidente da República, aprova. Isto resvala para a concepção de *decisionismo totalitário* (veja-se, adiante, a crítica de KÄGI) e para um puro *existencialismo político,* sem qualquer arrimo normativo-constitucional[61].

III — O princípio da democracia semidirecta

1. A consagração do referendo na revisão constitucional de 1989

A Constituição de 1976, além de conter numerosas sugestões a favor do elemento participativo como factor de democratização da democracia, (cfr. *supra)* reconhece também a bondade de outras formas de democracia semidirecta. No texto originário de 1976, o receio de as decisões políticas através do povo poderem ser objecto de manipulação pelos *agenda-setter* justificou a inexistência de qualquer

[59] Cfr. LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre,* cit., p. 472. Ao contrário do que acontece em França, a constituição, ao estabelecer o regime misto parlamentar-presiden-cial, fez uma articulação de competências, tendente a evitar que o «regime» acabasse numa democracia parlamentar «domesticada» (LOEWENSTEIN), em que o Parlamento capitula perante um estado administrativo e regulamentar com fachada plebiscitaria (cfr. BRACHER, cit., p. 76).

[60] Este pensamento alicerçou-se com a crise de Mac-Mahon (1877-1879). Cfr. FRAENKEL, cit., p. 137. Vajam-se ainda incisivas considerações de MENDES FRANCE, *A República Moderna,* 1962, pp. 12 ss; P. PACTET, *Institutions Politiques,* cit., p. 52. Entre nós, considerando o «referendo» como um «evidência democrática», cfr. BARBOSA DE MELO/CARDOSO DA COSTA/VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição,* p. 165. Por último, salientando as virtualidades «decisio-nistas» do referendo cfr. LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976,* p. 157 ss, 278.

[61] Cfr., por último, R. ZIPPELLIUS, *Allgemeine Staatslehre,* 10 ed., pp. 173 ss.

instrumento constitucionalmente legitimado de democracia directa. Na revisão de 1982 consagrou-se o *referendo local* (consultas populares directas) e na revisão de 1989 introduziu-se o *referendo político e legislativo* (cfr. CRP, art. 118.°) como instrumento normativo adequado de concretização do princípio democrático. Continuam, porém, a ser excluídas certas formas de democracia directa como o *veto* e a *iniciativa popular.* Mesmo em relação ao referendo, o regime nor-mativo-constitucional revela o propósito de evitar a sua transformação em instrumento plebiscitário e daí: (1) a exclusão de *referendos constitucionais,* isto é, referendos tendentes à revisão da constituição (CRP, art. 118.73); (2) a exclusão de *referendos em matéria política* e *legislativa* de reserva absoluta da Assembleia da República, de forma a impedir-se a erosão do princípio da democracia representativa (CRP, art. 118.73) bem como de referendos susceptíveis de «votos demagógicos» com sérias consequências para uma política orçamental, tributária e financeira responsável (CRP, art. 118.73, in *fine);* (3) a *exclusão da iniciativa popular,* com a reserva da iniciativa do referendo à Assembleia da República (deputados e grupos parlamentares) e ao Governo (mas não às Regiões Autónomas) e a reserva de decisão a sufrágio ao Presidente da República (art. 118.71).

Do regime constitucional do referendo deduz-se que os cidadãos podem ser chamados a pronunciar-se directamente» sobre «questões de relevante interesse nacional» (CRP, art. 118.71 e 2) mas, de *constitutione lata,* nada aponta para a existência de uma «reserva obrigatória e absoluta» de referendo. Embora não se encontre na constituição uma proibição de *referendos consultivos,* a sua legitimidade e eficácia são de duvidosa bondade constitucional. Por um lado, é questionável a determinação do sujeito da iniciativa referendaria, dado a inexistência, na constituição, de qualquer reserva de iniciativa popular *(Popularvorbehalt).* Ressalva-se apenas a hipótese de os cidadãos exercerem, nos termos gerais, o direito de petição, solicitando às entidades competentes a iniciativa de referendo (CRP, art. 52.71). Por outro lado, um referendo consultivo não vincularia o órgão representativo nem lhe poderia diminuir a liberdade de decisão [62].

[62] Cfr. ROHNELFANGER, *Das Konsultative Referendum,* 1988, p. 125; VILLALON, «El Referendum consultivo como modelo de racionalizacion», in *REP,* 1980, 13, pp. 145 ss.; W. SKOURIS, «Plebiszitàre Elemente im repräsentativen System», in *Das parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prufstand,* Berlin, 1989, p. 37 ss. E. W. BÕCKENFÕRDE, "Democrazia e Represen-tanza", in Quad. Cost. 1985; p. 229.

A regulação expressa do referendo legislativo-político e a exclusão do referendo constitucional indiciam a «interpretação autêntica» feita pela lei de revisão 1/89 (2.³ revisão) quanto à admissibilidade de formas de democracia semidirecta[62a]. Trata-se de um *problema de competência* que só a Constituição ou as leis de revisão podem regular. Neste sentido se deve interpretar também o art. 10.71 da CRP, ao estabelecer que «o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico e das *demais formas previstas* na Constituição».

2. As **iniciativas dos cidadãos e as acções directas**

As anteriores considerações não desvalorizam a problemática actual em torno das formas de democracia directa. Saliente-se, porém: um problema é o de, através de instrumentos não consagrados constitucionalmente e com base em concepções de *decisionismo identitário* (confundidas com o princípio da soberania popular), dissolver a nor-matividade constitucional em «decisões do povo», e outro, muito diferente, é o de saber se, a nível constitucional, não deverão ser consagrados instrumentos de democracia directa. Os exemplos da iniciativa dos cidadãos contra «centrais nucleares», os movimentos a «favor do aborto» e do «divórcio», as exigências de referendo sobre a responsabilidade dos juizes e sobre as leis eleitorais, são exemplos de questões que nem sempre uma «dimensão super-representativa» de um «Estado de partidos» permitirá submeter à publicidade crítica [63].

ZIPPELIUS adianta também como exemplos deste impasse «representa-tivo-partidário» as questões de financiamento dos partidos, os vencimentos dos

[62a] Cfr. JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário da Revisão Constitucional,* Lisboa, 1989, p. 91; «O plebiscito foi combatido e não consagrado». Por sua vez, o referendo que foi consagrado reconduz-se à categoria dos *referendos controlados* porque não tem origem na iniciativa popular. Cfr. LIJPHART, *Democracies,* p. 214.

[63] Cfr. por último, por ex.; K. TROITZSCH, *Volksbegehren und Volksentscheid,* Meisenheim, 1979; W. BENDER, *Die unmittelbare Teilnahme des Volkes an staatli-chen Entscheidungen durch Volksbegehren und Volksentscheid,* Freiburg, 1978. Associando estas iniciativas à «crise do estado de partidos», cfr. M. STOLLEIS, *Parteien-staatlichkeit — Krisensymptom des demokratischen Verfassungsstaats?* in *WDSTRL,* 44 (1986), p. 17; B. GUGGENBERGER / U. KEMPF, *Burgerinitiative und reprãsentative System,* 1984; J. FIJALKOWSKI, «Neuer Konsens durch plebiszitàre Offnung», in A RANDELZHOFER (org), *Konsens und Konflikt,* 1985, p. 236; Bouissou, «Pour une réhabilitation de 1'institution référendaire», *Mélanges Burdeau,* 1977.

deputados e titulares dos órgãos de cargos políticos, o domínio político-partidário dos media e da televisão [63a]. Daí o recurso a formas espontâneas de mobilização da opinião pública, a acções exemplares de publicidade crítica, a tribunais de opinião e à desobediência civil. Algumas destas formas que político-filosoficamente são consideradas pelos autores (e políticos) como «sinais» de perigo para o Estado de direito (ex.: a desobediência civil) (cfr. *infra)* radicam na ideia de *«politização do concreto».*

IV — O princípio da participação

Já atrás houve oportunidade de discutir o problema da participação política como um problema estreitamente conexionado com a *democratização da sociedade: democratizar a democracia através da participação* significa, em termos gerais, intensificar a *optimização da participação dos homens* no processo de decisão (VILLMAR). Trata--se, pois, de acentuar aquilo que em ciência política se chama orientação de *input.*

Também se assinalou o relevo atribuído pela Constituição à «participação organizada dos cidadãos» na resolução dos problemas nacionais (CRP, art. 9.°/c). Não se precisaram, porém, as concretizações constitucionais relativamente ao problema da participação, ou melhor, ao elemento participativo do princípio democrático. E o que agora se vai fazer.

1. Os graus de participação

Quando se fala em participação não há, em geral, grande cuidado na delimitação, quer dos domínios em que ela é particularmente indicada, quer da *intensidade* conferida à dimensão participativa. Em princípio, e para nos concentrarmos sobre este último problema, assinalam-se três graus de participação: *(1) participação não-vinculante,* ou seja, participação nos processos de decisão, mas apenas através de informações, propostas, exposições, protestos, etc; (2) *participação vinculante* significa participação na própria tomada de decisão e, consequentemente, limitação do poder de direcção tradicional (participação, por ex., em conselhos de gestão); (3) *participação vinculante e autónoma (autogestão)* quando se trata de uma substituição pura e simples do

' Cfr. *Zi?TEUUs,AllgemeineStaatslehre,* 10.ª ed., p. 173 ss.

poder de direcção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema (administração autónoma) [M].
Por outro lado, a democratização através da participação pode conduzir a uma *mudança de poder,* a uma *mudança de domínio* (o que só se concebe no domínio da participação vinculante autónoma) ou a uma *mudança de estilo de direcção* [65].
a) *Participação vinculativa com mudança das relações de poder e de domínio*
O *sector social autogerido* (art. 82.74/c) é, porventura, a forma mais expressiva de participação: aquela em que se verifica uma verdadeira mudança das relações de poder e de domínio. De uma forma de domínio privado-capi-talista transitou-se para uma propriedade social; em substituição do poder individual, baseado na propriedade, transitou-se para um poder dos próprios trabalhadores, baseado na exploração colectiva da terra (colectivos de trabalhadores, unidades de exploração colectiva por trabalhadores).
Um outro exemplo de participação vinculativa autónoma com transferência ou alteração das relações de domínio e a do *sector público comunitário* (art. 82.74/6). Aqui não é líquida a questão da titularidade da propriedade, mas é inequívoco que houve uma mudança de poder e de domínio: de um ambíguo «sector semi-público» passou-se para um sector social e para uma inequívoca transferência do poder para os «povos».
Um exemplo de participação vinculativa, mas não clara quanto à sua configuração, é o direito de participação atribuído pela Constituição às comissões de trabalhadores (art. 54.°). Esta participação não opera uma mudança de poder e de domínio, mas contribui para o chamado modelo empresarial democrático, (art. 54/5/Ò e c)[65a]. A ideia parece ser confirmada pelo direito de exercício sindical de empresa (art. *55.°/2/d),* se se tiver em atenção o que este direito implica: possibilidade de acesso aos locais de trabalho dos representantes dos trabalhadores, direito de reunião, obrigatoriedade de local de trabalho para os delegados sindicais, direito de afixação.

[64] Cfr. VILLMAR, «Elements einer integralen Theorie der Partizipation», in *Burgerbeteiligung und Burgerinitiative,* org. de H. MAIHOFER, Baden-Baden, 1977. Cfr. ainda *Partizipation, Demokratisierung, Mitbestimmung,* org. de U. V. ALEMAN, Opladen, 1975; F. HOLLIHN, *Partizipation und Demokratie,* cit., pp. 13 ss., 20 ss.

[65] Cfr. para esta terminologia K. OTTO HONDRICH, *Demokratisierung und Leistungsgesellschaft,* cit., mas num sentido diferente do texto. Entre nós, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Participação,* cit., p. 41, que distingue vários «níveis de profundidade» na participação. A distinção que se faz no texto entre participação vinculante e não--vinculante corresponde, em certa medida, à distinção entre «direito de participar na fase preparatória» e «direito de participação na decisão», a que alude BAPTISTA MACHADO.

[65a] Cfr., por último, ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre* 10.ª ed., p. 214 ss., que insere este «modelo» dentro da problemática da «justiça constitucional» *(Verfassungs-gerechtigkeit)* e salienta, citando RADBRUCH, o sentido profundo da democratização empresarial: da «empresa sou eu» transita-se para a «empresa somos nós».

b) *Participação vinculativa com influência no estilo e forma de direcção*
É a forma mais vulgar de participação, que não levanta os poderes de transferência de poder e de domínio que analisámos no momento anterior. É, por exemplo, o caso de participação na elaboração dos planos económico-sociais e respectivo controlo (arts. 54/5/d e 56/2/c), nas estrututas administrativas (art. 267.71), na segurança social (art. 63.72), na «definição, execução e controlo das principais medidas económicas e sociais» (art. 81.70-

2. Os domínios de democratização-participação

A democracia, como *concepção global de sociedade,* implica a transferência do princípio democrático (com as adaptações e limitações impostas pelo condicionalismo dos sectores) para os vários «subsistemas» sociais. Daí que o processo de democratização possa mover-se desde os chamados «sistemas primários de socialização», como jardins de infância, educação pré-escolar (participação de pais, encarregados de educação, moradores), até às próprias organizações internacionais, passando pelos sistemas de educação e cultura (escolas, universidades), meios de comunicação social (jornais, rádio, televisão), administração pública (administração central, administração comunal e regional), instituições de previdência (segurança social, hospitais, casas para a terceira idade) e sectores económicos (empresas, organizações do plano). Não iremos analisar aqui todas as expressões normativo-constitucionais da democratização-participação. Limitar-nos-emos a focar alguns domínios especialmente relevantes.

2.1 *A democratização-participação e a administração pública*

Tal como acentuámos, a especial incidência do princípio do Estado de direito no que respeita à administração pública, justifica também alguma atenção relativamente ao problema da incidência do princípio democrático na mesma administração.
a) *Princípio da administração autónoma e da autonomia*
Além da participação democrática que se traduz na exigência de órgãos municipais representativos (art. 237.72), legitimados através de eleições (dimensão democrático-representativa), a administração local (e só a esta administração autónoma nos estamos a referir), com a *descentralização* e *autonomia* que lhe é inerente (a descentralização democrática e a autonomia se refere o art. 6.74), é um dos domínios em que a participação, como forma de democratização, é mais facilmente exequível. No entanto, a Constituição também aqui deu prevalência à participação-representação em detrimento de participação directa (isto, sem embargo da organização de moradores). O sentido da criação de formas de auto-organização popular (cfr. art. 263.° ss.) foi, nos termos da própria Constituição, «intensificar a participação das populações na

vida administrativa local» (cfr. art. 263.71), Fora isto, não deixa de ser ainda problemático saber em que é que consiste o *direito de autodeterminação local* ou o direito de *autonomia local* e quais as exigências que dele poderão derivar relativamente ao princípio democrático [66].

b) *Democratização da administração*

Problema diferente do da administração autónoma é o que costuma designar-se por *democratização da administração.* Democratização da administração pode significar: (1) substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial (ex.: gestão democrática das escolas, onde os conselhos de gestão substituíram os directores como se vê no art. 77.°); (2) introdução do *voto* na selecção das pessoas a quem foram confiados cargos de direcção individual; (3) *participação paritária* de todos os elementos que exercem a sua actividade em determinados sectores da administração (ex.: a questão da paridade de professores, estudantes e funcionários na gestão das escolas superiores); (4) *transparência* ou *publicidade* do processo administrativo: direito de informação dos cidadãos sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados (cfr. art. 268.71); (5) *gestão participada,* ou seja, participação dos administrados através de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da administração pública (arts. 9.7c, 48.°, 65.72/6, 66.°, 70.73, 73.73 e 263.°). A gestão participada, juntamente com a exigência da transparência, são elementos de democratização contra a «opacidade burocrático-tecnocrática» [67].

2.2 *A democratização e a participação na legislação*

O problema da participação dos *grupos* e *associações* na legislação é um problema controvertido na ciência política e no direito constitucional [68]. Por um lado, critica-se a *institucionalização* da participação dos grupos no processo legislativo porque isso representa uma intromissão intolerável na liberdade dos órgãos legislativos, além de constituir um atentado mais ou menos claro ao princípio representativo. Por outro lado, a não institucionalização da participação acaba, em geral, na existência de «formas sociais de pressão institucionalizadas», como é abundamente demonstrado pelos *pressure groups* e os *«lobbies».* Como desvantagem da institucionalização saliente-se

[66] Cfr. Baptista Machado, *Participação,* cit., p. 1 ss., p. 1 ss.; Silva Leal, *Os grupos sociais,* cit., p. 333. Cfr., ainda, *supra,* p. 316.

[67] Sobre isto cfr. Hònig, *Demokratie und Verwaltung,* 1972, pp. 271 ss.; W. Schmitt Glaeser, «Partizipation an Verwaltungsentscheidungen», in *WDSTRL,* 31 (1973).

[68] Cfr. H. J. Schróder, *Gesetzgebung und Verbãnde,* Berlin, 1976; Silva Leal, *Os grupos sociais,* cit., p. 195 ss.; Rogério Soares, *Direito Público,* cit., p. 111. Por último, cfr., E. de Marco, *La 'NegoziazioneLegislativa',* Padova, 1984.

ainda que ela é perigosa para o Estado, pois este, além de poder ser forçado a uma tarefa ou relação de coordenação com grupos, pode ver prejudicada a sua liberdade fundamental de decisão; do lado dos grupos, ela não é menos perigosa, porque eles são chamados a desempenhar funções para que não estão legitimados, além de muitas vezes poderem resvalar para o compromisso, a letargia e apatia, contra os interesses dos próprios associados. Isto traduzir-se-ia numa perda de atractividade pelas associações *(Vèrlust an Attraktivitãt* [69]) e na acentuação da oligarquia dos funcionários das mesmas associações.

A orientação da Constituição de 1976 revelou-se, neste domínio, profundamente divergente em relação às ideias dominantes em tal assunto:

a) A existência do pluralismo social e a sua expressão organizatória associativa não são considerados, sob um ponto de vista de integrismo autoritário, como factores de «dissolução do Estado» ou como um «novo feudalismo» implantado nos quadros plurais do Estado moderno.

b) Ao contrário da generalidade dos textos constitucionais, a Lei Fundamental de 1976 faz expressa alusão e atribui relevo especial a certas associações — comissões de trabalhadores (art. *54.°/5/d),* associações sindicais (56.72/a) — na elaboração da legislação de trabalho.

c) O problema de saber qual o fundamento jurídico-constitucional para uma institucionalização da participação das associações na legislação — direito de audição jurídica, princípio democrático — resolve-se através da própria dimensão participativa que a Constituição assinala ao princípio democrático.

Para além das considerações anteriores, a Constituição teve presente um fenómeno observado frequentemente: o princípio do mandato livre dos deputados e o espaço de liberdade de conformação legislativa não podem transformar-se em princípios de um «processo de definição do bem comum» que se traduza, afinal, num esquema de redução dos interessados a «objecto-situação» (Hartwich) ou a um «mecanismo de imposições autoritárias» (Steffani). A compreensão normativo-constitucional da participação na legislação visa, assim, evitar um «despotismo de iluminados», e, através do «potencial de democratização» implícito na participação, contribuir para soluções concretas mais justas, e, porventura, mais inovadoras [70]. Posto isto, há apenas que definir, com mais precisão jurídica, a natureza da participação no procedimento legislativo, nos casos em que a Constituição expressamente a constitucionalizou. A resposta resume-se nisto: ao contrário do que já se pretendeu, esta participação não é uma simples forma de pressão política no estilo dos «lobbies», mas um *elemento vinculativo do acto legislativo.* A sua falta traduz-se num *vício de pressuposto objectivo,* conducente à ilegitimidade constitucional da lei (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 27.°/B).

[69] Cfr. Schroder, *Gesetzgebung,* cit., pp. 38 ss. Entre nós, cfr. Silva Leal, Os grupos sociais, cit., p. 195 ss.; Rogério Soares, *Direito Público,* cit., p. 111 ss.

[70] Para uma impostação teorética do conceito de «potencial de democratização», cfr. F. Naschold, *Organization and Demokratie,* pp. 62 ss.

V — O princípio democrático e os direitos fundamentais

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática* dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (arts. 48.° e 112.°) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coen-volve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2.°). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação* e *associação,* que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade,* criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e como direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais,* os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco,* através do legislador democrático, desses direitos. Foi esta compreensão que inspirou logo o art. 2.° da CRP ao referir-se a Estado democrático baseado na *soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais* (cfr. art. 2.°) 7i.

[71] A coordenação e interdependência entre direitos fundamentais e princípio democrático é assinalada, por ex., por Hesse, *Grundzúge,* cit., p. 112; K. Stern, *Staatsrecht,* Vol. I, p. 470; Badura, «Die parlamentarische Demokratie», in Isensee / / Kirchhof, *Handbuch,* vol. I, p. 971. Sobre os direitos fundamentais como fundamento da democracia, cfr. *Grundrechte ais Fundament der Demokratie,* org. de J. Perels, Frankfurt/M, 1979; D. Grimmer, *Demokratie und Grundrechte,* p. 298. Por último cfr. G. Folke Schuppert, "Grundrechte und Demokratie", in EUGRZ, p. 525, ss.; J. Paul Muller, "Grundrechte in der Demokratie", in EUGRZ, 1983, p. 337 ss. Na

D| *PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DIREITO DE SUFRÁGIO*

O sufrágio é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático: através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do «pessoal político» e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do *direito de voto* como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do *procedimento eleitoral justo* para a garantia da autenticidade do sufrágio (cfr. CRP, arts. 116.° e 118.77).

I — Os princípios materiais do sufrágio

72

O sufrágio deve ser *geral, igual, directo, secreto* e *periódico* (arts. 10.71, 49.71, 116.71 e 118.77). Justificam-se estes requisitos do direito de voto.

1. Princípio da universalidade do sufrágio

O *princípio da universalidade do sufrágio* impõe o alargamento do direito de voto a todos os cidadãos. Com excepção dos cidadãos sem capacidade eleitoral, a Constituição proibe o *sufrágio restrito,* qualquer que seja o seu fundamento (sexo, raça, rendimento, instrução, ideologia). O princípio da universalidade do sufrágio actua, assim, como *proibição de discriminação* (cfr. art. 13.°). Mas ele tem também um *sentido dinâmico* no sentido de obrigar, eventualmente, à extensão do direito de voto a cidadãos estrangeiros (cfr. CRP, art. 15.°), e de

doutrina espanhola, cfr., por último, as excelentes análises de Pérez Luno, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* cit., pp. 224 ss., e de Lucas Verdu, *Estimativa y política,* cit., p. 30 ss. Acentuando a importância dos direitos fundamentais a partir de uma óptica de ciência política, cfr. R. A. Dahl, *Polyarchy-Participation and Opposition,* 1971 (existem traduções espanhola, francesa e italiana); A. Lijphart, *Democracies Patterns of Majoritarian and Consensus Government in twenty-one Countries,* London, 1984, p. 19 ss.

[72] Cfr. J. Miranda, «O direito eleitoral na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição,* 2, p. 463 ss.; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* notas aos arts. 10.°, 49.° e 116.°.

[tornar inconstitucionais restrições ao direito de sufrágio desnecessárias f **e** desproporcionadas (inelegibilidades e incompatibilidades) ou consideradas como consequências automáticas de certas actividades (ex. perda do direito de voto como «pena acessória» em caso de condenação por actividade criminosa). Conexiona-se, ainda, com o princípio da universalidade do sufrágio a obrigação de o legislador assegurar, na medida do possível, a possibilidade real do exercício do voto. Cfr. ACs TC 364/91, DR, I, 23-8; 523/89, DR, **II,** 23-3.

2. Princípio da imediaticidade do voto

O *voto directo* ou *manifesto* significa que o voto tem de resultar «imediatamente» da manifestação da vontade do eleitor, sem intervenção de «grandes eleitores» ou de qualquer vontade alheia. Por outras palavras: a imediaticidade do sufrágio garante ao cidadão activo a «primeira» e a «última palavra», pois os eleitores dão directamente o seu voto aos cidadãos (incluídos ou não em listas) cuja eleição constitui o escopo último de todo o procedimento eleitoral. No *sufrágio indirecto* ou *mediato,* os eleitores limitam-se a eleger um colégio de delegados eleitorais («grandes eleitores») que, por sua vez, escolherão os candidatos para os diversos órgãos do poder político.

Um problema suscitado pelo princípio da imediaticidade é o da permanência, como deputado, do candidato eleito que abandona a lista submetida à «votação imediata» dos eleitores. Se a votação por lista escolhida pelos partidos tem sido considerada como compatível com o princípio da imediação [73], já o abandono do partido na lista do qual foi eleito pode levantar problemas se o princípio da imediaticidade do sufrágio for analisado com o devido rigor. Os mesmos problemas se põem quando existam fraccionamentos de partidos ou novas formações partidárias. A favor da manutenção do mandato invoca-se o princípio da representação: o deputado representa o povo e não os partidos e pode inclusivamente ser um candidato independente. A favor da perda de mandato esgrime-se com o facto de o

[73] Cfr. H. J. Rink, «Der Grundsatz der unmittelbaren Wahl im Parteienstaat», in *JZ,* 1958, p. 193; J. Frowein, «Bundesverfassungsgericht und Wahlrecht», in *AÒR,* 99 (1977), p. 72; Caamano Dominguez, *El mandato Parlamentario,* Madrid, 1991, p. 270 ss; González Encinar (org.), *Derecho de Partidos,* Madrid, 1992; Eloy Garcia, *Inmunidad parlamentaria y Estado de Partidos,* Madrid, 1986, p. 110 ss.

deputado ao abandonar o partido renunciar, de facto, ao seu próprio mandato como deputado[74].

3. Princípio da liberdade de voto

O *princípio da liberdade de voto* significa garantir ao eleitor um voto formado sem qualquer coacção física ou psicológica exterior de entidade públicas ou de entidades privadas. Deste princípio da liberdade de voto deriva a doutrina a ilegitimidade da imposição legal do *voto obrigatório.* A liberdade de voto abrange, assim, o se e o como: *a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar.* Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica — direito de liberdade, direito subjectivo —, o direito de voto livre é mais extenso que a protecção do voto livre. Na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucio-nalidade (cfr. art. 49.72, no qual se considera o voto como *dever cívico* e não como *dever jurídico*[75]).

4. Princípio do sufrágio secreto

O *voto secreto* pressupõe não só a pessoalidade do voto (o que excluiria, no seu devido rigor, o voto por procuração ou por correspondência), como a proibição de «sinalização» do voto (listas diferentes, papel, urnas).

A distinção entre pessoalidade e presencialidade de voto foi feita nos Pareceres da Comissão Constitucional n.° 29/78, *Pareceres,* Vol. 16.°, 27/82, *Pareceres,* Vol. 20.°, considerando inconstitucional o voto por representação por contrariar o princípio da pessoalidade. Cfr. a Resolução n.° 238/78 e 328/79, in *Pareceres,* Vols. 7.° e 10.°.

[74] Cfr. Eloy Garcia, *Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos,* Madrid, 1989, pp. 110 ss; Aguilera de Prat, «Problemas de la Democracia y de los Partidos en el Estado Social», in *REP,* 67 (1990), p. 93 ss.; Caamano Dominguez, *El Mandato,* p. 270 ss.

[75] Cfr., por ex., as referências de K. Stern, *Staatsrecht,* Vol. I, cit., p. 248. No plano do direito comparado, cfr., por último, F. Lanchester, «Il voto obligatorio. Da principio a strumento. Un'analisi comparata», in // *Político,* 1983, pp. 31 ss. Entre nós cfr. Jorge Miranda, «O direito eleitoral na Constituição», cit., p. 472; Gomes Cano-tilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* notas ao art. 49.° e ao art. 116. • No plano jurisprudencial, cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.° 29/78, *Pareceres,* Vol. 7.°, pp. 74 ss., e do TC, Ac. 320/89.

O princípio do sufrágio secreto é uma garantia da própria *liberdade de voto.* Além de exigir, como se disse, a proibição de «sinalização» do voto, pressupõe também a impossibilidade de uma reconstrução posterior do sentido da imputabilidade subjectiva do voto. O carácter secreto do voto não é incompatível com a exigência de assinaturas individualmente reconhecidas e legalmente exigidas para a propositura de listas *(quorum* de proponentes) nem com a existência de listas públicas de apoio a candidaturas independentes ou partidárias. Sob o ponto de vista do segredo de voto, não deixa de ser problemático o voto por correspondência, porque ele não permite às entidades responsáveis garantir um autêntico carácter secreto ao voto.

5. Princípio da igualdade de sufrágio

O *princípio da igualdade de voto* exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo *peso.* O voto deve ter o mesmo *valor de resultado* (consideração igual para a distribuição de mandatos). Este princípio não é hoje, em geral, perturbado pelas formas históricas de discriminação, mas pode sê-lo pela manipulação dos círculos eleitorais. Daí a insistência dos autores na caracterização do voto igual: igual peso numérico *(Zahlwert)* e igual valor quanto ao resultado *(Erfolgswert).* No sistema maioritário, o valor de resultado dos votos é tendencialmente desigualitário, pois o candidato menos votado não tem qualquer «resultado». Mesmo assim, o princípio de voto igual é aqui importante para evitar a falsificação dos resultados através da delimitação arbitrária de círculos ou através da grandeza desigual dos círculos eleitorais[76] «geometria de círculos eleitorais».

Da exigência de igual valor quanto ao resultado deriva também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas — proibição de *cláusulas-barreira* (cfr. arts. 116.° e 155.72). O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral.

A jurisprudência constitucional teve oportunidade de discutir o problema da liberdade de voto no acórdão incidente sobre a lei eleitoral para o

[76] O sistema arbitrário da delimitação de círculos ficou conhecido como *«Gerry-■mandering»,* em «homenagem» ao político americano Gerry que não hesitou em desenhar círculos em forma de salamandra para assegurar a vitória dos candidatos do seu partido.

Parlamento Europeu. O alargamento do direito de voto a todos os nacionais residentes no estrangeiro, independentemente das concretas condições de liberdade e igualdade, conduzia a um resultado injusto, pois o próprio *procedimento eleitoral* era, ele mesmo, injusto. Cfr. Acórdão, TC 320/89, DR, I, 4/4 *(«caso das eleições para o Parlamento Europeu»).*

6. Princípio da periodicidade do sufrágio

Embora seja diferente de sistema constitucional para sistema constitucional, o princípio democrático, na sua dimensão representativa, impõe o sufrágio periódico (art. 116.71) e a renovação periódica dos cargos políticos (cfr. art. 121.°). Impede-se, com isto, a vitaliciedade de mandatos, embora, através de sucessivas renovações da legitimidade eleitoral, possam existir, de facto, mandatos (ex.: de deputados ou presidentes da câmara) sem limites temporais, sendo duvidoso que a lei, sem autorização constitucional, possa limitar o número de mandatos de forma a aniquilar a capacidade eleitoral passiva dos cidadãos (cfr. Ac TC 364/91, DR, I 23-8, "Caso das incapacidades eleitorais passivas dos presidentes de Câmaras Municipais). Por outro lado, o princípio democrático articula-se aqui com o princípio do Estado de direito: a *duração* do período de exercício dos cargos deve ser previamente fixada no texto constitucional, proibindo-se qualquer alteração desta delimitação temporal a não ser nos casos e pelas formas previstas na própria Constituição (cfr. arts. 131.72 e 174.72). A renovação dos cargos traduz-se, em geral, em eleições simultâneas ou sucessivas para os diferentes órgãos de soberania. O princípio democrático, articulado com o princípio do Estado de direito, proíbe qualquer *alteração* ou *inversão legal da ordem de eleições. Poder a tempo,* mudado no *tempo constitucionalmente previsto,* é, pois, a consequência fundamental do princípio da renovação (cfr. art. 116.76).

El *PRINCIPIO DEMOCRÁTICO E SISTEMA ELEITORAL*

I — Sistema proporcional e sistema maioritário

A discussão do sistema eleitoral centra-se nas vantagens e desvantagens dos dois grandes sistemas: o *sistema proporcional* e o *sistema maioritário.* Na escolha de um destes sistema considera-se, muitas

vezes, estar subjacente a opção por *diferentes concepções de democracia:* o sistema maioritário andaria ligado ao tipo de democracia representativa (ou «modelo Westminster») e o sistema porporcional ao tipo de democracia participativa (ou «modelo consensual»). É uma construção com bases históricas (adiante referidas) mas não explicativo de várias experiências constitucionais. De qualquer modo, é possível detectar os fundamentos materiais em que um e outro dos sistemas pretendem alicerçar-se. O sistema proporcional, defendido logo na Revolução Francesa («O parlamento deve ser um mapa reduzido do povo», dizia MIRABEAU), invoca fundamentalmente: *a)* a *igualdade material,* pois a proporcionalidade corresponde melhor à exigência de voto igual, designadamente quanto ao valor do resultado *(Erfolgswert*[77]); *b) adequação à democracia partidária,* dado que a moderna democracia não é uma democracia individualista de «notabi-lidades» mas uma democracia partidária em que cada partido tem um programa *(preferência pelos problemas),* de acordo com a ideologia ou interesses por eles mediados (partidos como *expressões de antagonismos e convergências),* e na qual, em princípio, só os indivíduos escolhidos pelos partidos têm reais possibilidades de ser eleitos *(monopólio partidário); c) representação de todos os grupos sociais* em virtude de a representação no parlamento dever ser «um espelho da sociedade política» (LEIBHOLZ); ora só o sistema proporcional, em ligação com a estrutura partidária, possibilita a «reprodução», no órgão representativo, dos mais importantes grupos sociais e políticos. Por sua vez, o sistema maioritário tem invocado: (1) *formação de governos funcionais,* pois o sistema eleitoral não visa apenas ou fundamentalmente formar uma representação que «reproduza o povo» mas possibilitar a formação de governos eficazes e estáveis; (2) *alternância do poder através do sistema bipartidário,* dado que o sistema maioritário impossibilita, na prática, a formação de pequenos partidos, sendo um importante factor psicológico» (DUVERGER) para evitar a

[77] Sobre a problemática da relação do princípio da igualdade e o sistema proporcional cfr., por ex., H. MEYER, *Wahlsystem und Verfassungsordnung,* Frankfurt/M, 1973, pp. 83 ss.; «La Représentation proportionnelle», in *Pouvoirs,* 32 (1985). Sobre o sistema maioritário cfr. P. FAURE, *La décision de la majorité* - 1976; A. LIJPHART, *Democracies,* cit., p. 117 ss.; VERNON / BOGDANOR / BUTLER, *Democracy and Elections. Electoral Systems and their political consequences,* Cambridge, London, 1985; F. LANCHESTER, *Sistemi eletoralli e forma di Governo,* Bologna, 1981. Entre nós, cfr. A. GONÇALVES PEREIRA, «Sistema eleitoral e Sistema de governo», in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal: o Sistema Político e Constitucional - 197411987,* Lisboa, 1989, pp. 279 ss.

pulverização partidária e favorecer o sistema bipartidário; (3) *robustecimento da oposição,* pois o sistema maioritário possibilita uma clara separação entre governo e oposição, robustecendo aquele e esta, sem necessidade de recurso a frágeis coligações. Legitimidade e responsabilidade do governo, estabilidade do sistema governamental, capacidade de acção e autoridade seriam, em resumo, as vantagens do *sistema eleitoral maioritário* e do *regime bipartidário.*

A discussão destas questões tem de ter em conta as bases sociais do sistema de partidos e os factores nacionais [78]. Não deve esquecer-se também que o problema do sistema eleitoral foi e ainda é uma *questão de poder:* seja por factores étnicos (recorde-se a primeira fase a favor do voto proporcional nos cantões suíços, 1891, na Bélgica, 1899, na Finlândia, 1901, na Dinamarca, 1895), seja por motivos ideológicos ou sociais (recorde-se a luta do movimento operário contra o monopólio da representatividade da burguesia), seja, nos tempos actuais, pela luta dos novos grupos candidato à intervenção política (ex.: os *Grúnen* na R.F.A., os reformados em Portugal), o sistema proporcional é o melhor meio contra a redução de alternativas, contra o estreitamento dos horizontes políticos e contra a unidimensionalidade e saturação políticas [79]. LiJPHART[79a] relativiza os «fundamentalismos» maioritários e proporcionais ao salientar justamente que «a democracia pode ser gerida com sucesso de modos muito diversos». Se se pretender uma «lei tendencial» poderá avançar--se: «o modelo de democracia maioritária revela-se particularmente adequado às sociedades homogéneas; o modelo consensual assente no voto proporcional é mais adapado às sociedades plurais».

II — O sistema eleitoral na constituição

A discussão dos sistemas eleitorais está ligada à estrutura partidária. A isso se fará referência no número seguinte. Antes, porém, ana-lisar-se-á a «opção de sistema» feita pela Constituição portuguesa.

[78] Cfr. M. Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,* Paris, 1978, pp. 129 ss. Boa visão global do problema em A. Hauriou / J. Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 7.[8] ed., 1980, pp. 300 ss. Entre nós, cfr., por último, Tiago de Oliveira, «O sistema eleitoral português como forma de representação», in *Análise Social,* Vol. XVII (1981), pp. 7 ss.; Marcelo R. de Sousa, *Os Partidos Políticos na Constituição,* pp. 121 ss. e 640 ss; Gonçalves Pereira, «Sistema Eleitoral e Sistema de Governo», cit., p. 282. Na literatura espanhola cfr. por ex., Aguilera de Prat / P. Vilanova, *Temas de Ciência Política,* p. 142 ss.

[79] Cfr. sobre isto, por ex., J. Raschke, *Mehrheitswahlrecht —Mittel zur Dernokratisierung oder Formierung der Gesellschaft?,* in M. Greiffenhagen, *Demokratisierung, cit., p.* 252.

[79a] Cfr. A. Lijphart, *Democracies,* cit., p. 13.

\. O sistema eleitoral como reserva de constituição

Entre nós, os princípios fundamentais relativos ao sistema eleitoral não foram deixados à liberdade de conformação do legislador. Eles são *direito constitucional formal.* Isto significa que nas relações entre o sistema eleitoral e os elementos constitutivos do princípio democrático — designadamente o princípio da igualdade — se estabeleceu uma *prevalência* e uma *reserva de constituição^Assim, o*
elei-;
Inão éjumafunção do ái iíi
sistema eleitoral ajregularjjelalegislMor. Pelo contrário: o princípio da igualBíd^jmitajiieJite-coni. outros princípios constitucionais, possui um *cará^er^ojtstitutiyoj^aiaa.*definição e conformação de todo o sistemã~êTeitoral. Mas, para além das vinculações materiais que o lêgisTã3orterá de observar, a Constituição não deixou espaço livre de decisão quanto ao ponto fundamental: a *escolha do próprio sistema eleitoral.*

***2.* O sistema proporcional como elemento constitutivo do princípio democrático**

O sistema eleitoral foi considerado como um elemento básico do sistema democrático a ponto de constituir um dos limites materiais de revisão (cfr. art. *288.°/h).* Embora a Constituição apenas tenha optado concretamente por um dos métodos do sistema proporcional relativamente às eleições para a Assembleia da República (cfr. art. 155.71, método de Hondt), a lei, nos outros casos de eleição de órgãos colegiais (cfr. arts. 116.75, 233.72, 241.72), também apenas pode precisar qual dos métodos do sistema proporcional que deverá ser concretamente aplicado (método de Hondt, do maior quociente). O sistema proporcional (excepto no caso das eleições para Presidente da República) tem carácter constitutivo, sendo inconstitucional qualquer relativização através de sistemas mistos (por ex., o sistema proporcional combinado com o sistema maioritário), bem como qualquer «engenharia de círculos» que perverta, na prática, a regra da proporcionalidade. Tem-se, ainda, por inconstitucional, a conversão, por via da lei, de maiorias relativas em maiorias absolutas, porque isso transmuta o sistema proporcional em maioritário.

A representação proporcional assenta numa regra que se pode resumir facilmente: «a cada um o que lhe é devido», ou seja, a percentagem de mandatos deve ser idêntica à percentagem dos votos.

Assim, se M = mandatos e V = votos

M = V ou — =1

V

Esta fórmula pode ser seriamente perturbada pela dimensão dos círculos eleitorais: quanto menor for o número de eleitos por cada círculo eleitoral, tanto menor será proporcionalmente a representação. Cfr. por todos, D. Rae, *The Political Consequences of Éléctoral Lav/s,* New Haven, 1971, p. 19 ss. Os estudos comparados demonstram que só a partir de círculos eleitorais de média dimensão (=6-10 lugares ou mandatos), o sistema proporcional desenvolve as suas potencialidades.

Da relevância constitucional formal dos princípios sobre direito de voto e sistema eleitoral se não podemos retirar a velha ideia do direito de voto como um «quarto poder» *(pouvoir éléctoral* é o termo utilizado no nosso Silvestre Pinheiro Ferreira, *Príncipes du Droit Public,* Paris, 1834), deveremos deduzir, contudo, que ele é um elemento fundamental para a concretização do princípio democrático [80].

Fl *PRINCIPIO DEMOCRÁTICO E SISTEMA PARTIDÁRIO*

I — Discursos teórico-políticos

Para situarmos o debate, mais uma vez temos de recorrer a uma «peregrinação» histórico-teorética. Nela se entrecruzam elementos descritivos de realidades empíricas com proposições normativas e especificidades históricas de um país com generalizações ou «arquitecturas constitucionais». É possível, porém, descortinar dois «discursos» teórico-políticos[81].

1. Bipartidarismo, parlamentarismo funcional

A teorização de W. Bagehot, no clássico estudo *The English Consti-tution* [81a], é considerada o primeiro e mais importante contributo para a teoria

[80] Cfr., por último, Jorge Miranda, A *Constituição,* cit., p. 372, nota 20.

[81] Por último, cfr. Arendt Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in twenty-one Countries,* 1984.

[81a] Cfr. W. Bagehot, *The English Constitution,* 1867, London (1963). Em geral sobre a *teoria* do parlamentarismo, fundamentos históricos, factor de decisão política,

do governo representativo e do sistema bipartidário. O «governo de gabinete» *(Cabinet Government)* tinha o segredo da sua eficiência *(efficient secret* nas palavras do autor), na conexão funcional entre parlamento e o governo *(parlia-mentary government).* A principal função da Câmara dos Comuns *(House of Commons)* era, não a legislação, a fiscalização ou crítica, mas a escolha do próprio governo [82]. Todavia, para um governo derivar da própria eleição parlamentar, necessário se tornava um *dualismo partidário* que garantisse maiorias homogéneas e afastasse da elite governamental quer o monarca (tratado como *dignified part, subsidiary apparatus),* quer o povo. O modelo de BAGEHOT é o cerne da ideologia do parlamentarismo, do «parlamentarismo clássico», do «parlamentarismo 'honorífico-aristocrático-plutocrático'»[83]. Tratava-se de um *parlamentarismo representativo* mas não de uma *democracia representativa.* Todavia, não obstante as mudanças estruturais da democracia e as especificida-des político-sociais dos vários países, o parlamentarismo representativo, o governo de gabinete, o sistema eleitoral maioritário e o bipartidarismo, constituirão um *leit motiv* obsidiante de teóricos e políticos, a ponto de se transformarem naquilo que BURDEAU apelidou de *mythe du bipartitisme:* «o dualismo político natural» (DUVERGER), «nem o monismo nem o pluralismo correspondem a um harmónico equilíbrio» (FRIEDERICH), «a obra-prima mais admirável do constitucionalismo» (FRIEDERICH), «o tipo de governo mais coroado de êxito no nosso tempo — talvez de todos os tempos» (LOEWENSTEIN).

Na linha de BAGEHOT, REDSLOB fornece novo contributo para a teorização do parlamentarismo clássico [84]. Distingue entre os «governos parlamentares autênticos» e «governos parlamentares inautênticos»: os primeiros reconduzir-se-iam ao modelo britânico e os segundos ao modelo francês de governo parlamentar, a tender para governo de assembleia. Visando a crítica do parlamentarismo (mas agora em defesa do Estado totalitário), C. SCHMITT insiste também no «frágil Estado das coligações partidárias» *(labilen Koalitions-parteienstaat* [85]). Nos tempos mais recentes, F. HERMENS e a sua *«Kòlner Schule»* aparecem como os mais decididos defensores de um *parlamentarismo funcional,* apoiado num *sistema partidário funcional*[86]. O ponto de partida é o conceito de *dualismo partidário,* conducente à legitimidade, estabilidade e autoridade de um governo democrático, destroçado pelo «conceito ideológico

parlamento e estado de partidos, parlamento e oposição cfr. *Parlamentarism,* org. de K. KLUXEN, 5.ª ed., Kõnigstein, 1980.

[82] BAGEHOT, *The English Constitution, cit., p.* 173, distinguia as seguintes funções: 1 - *elective function-...the most important function ofthe House of Commons; 2 - expressive function;* 3 - *teaching function;* 4 - *informing function;* 5 *-function of legislation.*

[83] Cfr., por ex., W. STEFFANI, *Parlamentarische und prásidentielle Demokratie,* Opladen, 1979, p. 121. Cfr. A. LIJPHART, que fala aqui de «modelo Westminster de democracia».

[84] Cfr. REDSLOB, *Die Parlamentarische Regierung in ihrer Wahren und ihrer unechten Form,* Túbingen, 1918.

[85] Cfr. C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamen-'arismus,* 3.º ed., Berlin, 1958, p. 45.

[86] Cfr. C. HERMENS, *Verfassungslehre,* Kõln/Opladen, 1958, pp. 27 ss.

de democracia». O dualismo partidário é também uma conclusão lógica e necessária da «democracia de concorrência» que DOWNS, com base numa *teoria económica da democracia,* transporta para o «mercado» político [87]. As propostas de uma *teoria racional da política,* avançada por FLOHR, acompanham também a defesa do *mor responsabile two party system* [88] e têm subjacente uma crítica à perversão do sistema alternante e estável originada pelo pluralismo partidário e pelos governos de coligação. Cfr. G. BURDEAU, *Traité de Science Politique, 2.-* ed., Vol. 3, 1966, p. 323. Deve realçar-se, porém, que, em nossa opinião, o problema do juízo de valor sobre os sistemas bipartidário ou pluripartidário não significa, *a priori,* uma negação de «dualismo de tendências» de que fala M. DUVERGER, *Les Partis Politiques,* cit., pp. 245-246. Quais são essas tendências e qual a respectiva caracterização é um problema mais difícil: direita-esquerda, urbanos-agrários, centralistas-descentralizado-res? Não obstante continuarmos a considerar ainda hoje válida a velha máxima de ALAIN *(«Lorsqu'on me demande si la coupure entre partis de droit et de gaúche, hommes de droit et hommes de gaúche, a encore un sens, la première idée qui me vient est que 1'homme quipose cette question n'est certainment un homme de gaúche»),* afigura-se-nos que a tipologia partidária não pode assentar em critérios unidimensionais, devendo antes tentar captar a multiplicidade de eixos conflituais (cfr. LIPSET / ROKKAN, *Party Systems,* p. 36 ss.). E um dos eixos conflituais, estruturalmente condicionante, é, na nossa perspectiva, o conflito de classes ou, se preferirmos, de interesses. Isto não invalida a importância teórico-prática de outras «clivagens» (agrários-urbanos, centro-periferia, integração-contestação). Cfr. a tentativa de D. L. SEILER, *Partis et Familles politiques,* cit., pág. 116, com base num *«marxisme ouverte»* e na tipologia das clivagens de ROKKAN.

2. O pluripartidarismo

Ao lado da trajectória seguida pela teoria do sistema partidário dualís-tico e do governo de gabinete, pode descortinar-se um outro fio evolutivo que designaremos por sistema partidário pluralista. Também não se trata aqui de um fenómeno linear, independente de condicionalismos históricos, nem de uma única *idée directrice,* mas de uma «tendência» cujos momentos decisivos podem ser assinalados do modo seguinte.

a) *A ideia de representação de opiniões plurais no Parlamento*

Nas célebres *Considerations on Representative Government,* STUART MILL, ao defender a representação de minorias no parlamento através do sistema proporcional, abria, na realidade, a alternativa para um sistema pluripartidário. Ao contrário de BAGEHOT, a tarefa principal do parlamento não seria a

[87] Cfr. A. DOWNS, *An Economic Theory ofDemocracy,* New York, 1957. Por último, cfr. BUCHANAN, *Freedom in Constitutional Contract, \911.*

[88] Cfr. FLOHR, *Parteiprogramme in der Demokratie. Beitrage zur Theorie der rationalen Politik,* Gõttingen, 1968.

elective function, mas o controlo do governo através do «congresso das opiniões do povo». Todavia, a problemática partidária e o tema dos governos de coligação não lhe mereceram tratamento especial.

b) *A tradição francesa do governo de assembleia*

Não obstante uma significativa parte da doutrina francesa ter sempre criticado o papel dissolvente das *factions politiques,* uma outra concepção — a parlamentar-republicana — apoiada na teoria da soberania popular mostrou-se sempre favorável ao *«gouvernment d'assemblée»* e ao pluralismo partidário. O parlamentarismo das 3.^s e 4.^8 Repúblicas francesas foi mesmo caracterizado como tendo *«nostalgie du regime d'assemblée»* (J. L. Parodie [89]) e ser, essencialmente, um *«regime des partis».*

c)A realidade do pluralismo partidário

Quando nos finais do século passado, a organização dos partidos passou a orientar-se para os chamados partidos de massas ^ e quando a realidade sócio--política conduziu ao aparecimento de várias formações partidárias, o modelo britânico do bipartidarismo entrou no campo das «utopias políticas». O problema do pluralismo partidário podia reduzir-se, na interpretação de Schmitt, à «usurpação» do Estado pelos partidos, às coligações frágeis do Estado de partidos *(labilen-koalitions-Partei-Staates).* Todavia, também já se acentuava ser o pluralismo partidário uma consequência inevitável da democracia [91].

Por outro lado, os governos de maioria relativa podiam, no fundo, traduzir-se em governos de minoria: a sua *sobre-representação, resultante do sistema maioritário, implicava a infra-representação* dos partidos minoritários, pelo que se impunha, como necessidade política, salvaguardar a democracia contra a tirania da maioria e defender a integração partidária de coligações governamentais. Isto seria ainda uma defesa contra o radicalismo político (a velha ideia do «bloco central»!). De acordo com estas premissas, o Parlamento era o «local do compromisso», no qual o «processo público das disputas partidárias» podia conduzir a decisões políticas adequadas. Mais do que possibilitar a existência de governos, o Parlamento, como centro de concorrência partidária multipolar, devia permitir a existência de integração política (Kelsen). Um outro influente teórico — Leibholz — observava também a mudança do parlamentarismo liberal no sentido de um *massendemokratischer Parteienstaat* [92]: a

[89] Hoje volta a discutir-se a diferença entre «parlamentarismo monista» e «regime de assembleia» (Cfr. B. Chantebout — «Le regime parlementaire moniste, gouvernment d'Assemblée», *Mélanges G. Burdeau,* pp. 43 ss.).

[90] Sobre esta evolução cfr., G. Schmid, *Politischen Parteien, Verfassung und Gesetz,* Basel e Frankfurt, 1981, pp. 5 ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Os Partidos Políticos,* p. 641.

[91] Cfr. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* 2.ª ed., Tiibingen, 1929, P- 61, para o qual a ideia de proporcionalidade entronca na própria ideologia democrática: *«fiigt sich die Idee des Proporz in die Ideologie der Demokratie».*

[92] Cfr. Leibholz, *Das Wesen der Repràsentation,* 1929 (1975), pp. 21 ss. Por último cfr. Luphart, *Democracies,* cit., p. 32 ss., que constrói o «modelo consensual»

homogeneidade social da burguesia que possibilitara a existência de uma classe politicamente relevante, não obstante a «concorrência» dos «notáveis», estava, nos tempos modernos, irremediavelmente comprometida. O conceito de representação mostra-se impotente para captar o sentido do Estado democrático--partidário de massas. Enquanto LEIBHOLZ ainda considera (como atrás se viu) os partidos como emanações identitárias-plebiscitárias, já outro não menos influente publicista — H. HELLER —, na sua crítica ao Estado de direito formal burguês e às ditaduras fascistas, defendia não existir qualquer alternativa para a democracia que não fosse a transição para o *Estado Social e para a democracia pluralista (wertbezogene pluralistische Demokratie).*

3. A teoria do «duopolismo» político

Nos tempos mais recentes, o problema que se pôs foi o de não aceitar uma teoria pluralista da democracia que, a coberto da realidade empírica da concorrência dos grupos sociais e políticos, se transformasse numa *teoria elitista da democracia com dualismo político. O teorema do dualismo partidário pluralístico,* subjacente às teorias elitistas e pluralistas de democracia, continua a esconder, sob o signo da legitimidade e eficácia, uma tendência redutora do espectro político. Por isso o vemos criticado, entre outros, por BURDEAU *(mythe du bipartitisme),* por G. LAVAU [93] (contra o «natural», mas na realidade «artístico» dualismo de DUVERGER, e contra a *«Idée fixe de M. Hermens»)* por BRACHER (que denuncia a ficção dos teóricos constitucionalistas e o seu afastamento da realidade ao quererem copiar o modelo inglês [94]) e por BEYME (contra a pretensão do valor absoluto do «verdadeiro» parlamentarismo [95]) e por LiJPHART[95a] que assinala a necessidade: (1) de não se tomarem como paradigmas de sistemas consensuais os sistemas multipartidários instáveis (ex.: República de Weimar, IV República francesa); (2) de não se confundir «instabilidade de governos» com «instabilidade de regime»; (3) de ter em conta a possibilidade de o sistema multipartidário poder gerar um partido com maioria parlamentar, com a consequente transparência da responsabilidade política (é a actual situação portuguesa); (4) de se dar atenção não ao número de partidos mas ao «efectivo número de partidos».
de democracia com base, entre outros factores, na realidade multipartidária e na representação proporcional.

[93] Cfr. G. LAVAU, «Une panacée politique: Le scrutin à la pluralité des voix ou 1'idée Fixe de M. Hermens», in *RFSP,* 1953; *Partis Politiques et realités sociales. Contribution a une étude realiste des partis politiques,* 1953.

[94] Cfr. BRACHER, *Deutschland zwischen Demokratie und Diktatur,* Berlin/ /Miinchen, 1964 = *Parlamentarismus,* org. K. KLUXEN, Kõnigstein, 5.* ed., 1980, p. 74.

[95] Cfr. BEYME, *Die parlamentarischen Regierungssystem in Europa,* Miinchen, 1970.

[95a] A. LUPHART, *Democracies,* p. 122 ss.

II. Concepção constitucional

O pluralismo partidário é um *elemento constitutivo* do princípio democrático e da própria ordem constitucional (cfr. arts. 2.°, 10.72 e 51.°) a ponto de constituir um limite material de revisão (art. 288.7*)- Nisto vai implícita também uma opção fundamental que teve presente os debates de mais de um século acerca dos sistemas eleitorais e dos sistemas partidários: de um lado, os apologetas do sistema maioritário, conducente, em via de princípio, ao dualismo partidário; do outro, os adeptos do sistema proporcional, considerado mais conforme com o princípio democrático. A Constituição, ao consagrar o sistema proporcional como elemento caracterizador da ordem constitucional, parece ter apontado para a inadmissibilidade da marginalização de quaisquer forças partidárias (cfr., porém, art. 46.74). O *pluralismo partidário* foi erigido a princípio constitutivo de *identidade constitucional.*

Ao consagrar o princípio da representação proporcional como princípio garantido contra a própria revisão (art. 288.7Ã) e ao possibilitar, inclusivamente, a formação de governos de minoria (cfr. art. 195.°), a Constituição portuguesa aponta para a segunda linha de pensamento atrás referida, reconhecendo, de facto e de direito, o *pluralismo partidário* sem artifícios redutores. Isto justifica também outras soluções constitucionais como a proibição de «cláusulas barreira» (cfr. art. 155.72) e o alargamento do princípio geral da representação proporcional (cfr. art. 116.75) às próprias eleições locais (arts. 241.72) e regionais (art. 233.72).

Ao acolher inequivocamente *o pluralismo partidário* e o *sistema eleitoral proporcional,* a Constituição não fez do governo estável um princípio fundamental da ordem constitucional. A mudança *estrutural do parlamentarismo através da democratização* tem como consequência inevitável a existência de *compromisso* e *tensão* no processo de formação da vontade política. Significa isto também que a democracia e o princípio democrático não se reconduzem, de forma «redutora», às ideias da democracia concordante [96] *(Konkordanzdemokratie)* ou da *«politics of accomodation»* e *«consociational democracy».* É que, não obstante se ter em conta, nesta orientação, a não-homogeneidade social e as clivagens políticas (as *cross-cutting cleavages* no sentido de LIPSET e ROKKAN), os

[96] Cfr, por todos, LIJPHART, *The Politics of Accomodation: Pluralisms and Democracy in the Nederland,* Berkeley, 1968; *Consociational Democracy,* World Politics, 21 (1969), p. 207. Entre nós, cfr. as referências de M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* cit., p. 624. Note-se, porém, que LIJPHART, na sua obra *Democra-Cles,* cit., p. 7, fala de «democracia consensual» e não de «democracia consociativa» Para designar o modelo que considera o «contrário lógico» do modelo maioritário.

autores visam, no fundo, uma solução elitista para as «sociedades fragmentadas». Através da combinação do isolamento dos segmentos antagonísticos da população com a cooperação extensa das elites poder-se-á obter, com o sistema pluripar-tidário e o método proporcional, uma «democracia acomodada». Uma *amicabilis compositio* de elites e uma marginalização dos antagonismos políticos é possível nos países onde os elementos antagónicos têm frágil inserção política (os autores têm em vista o caso da Holanda, mas já não resolvem o «problema italiano», o «francês» ou o «português»). Por outro lado, a *consociational democracy* assenta, de novo, numa legitimidade qualitativa das elites e numa *capitis deminutio* do povo (este deve ter uma *deference* em relação à «prudente» chefia das elites), ao passo que o princípio democrático português assenta numa *participação organizada dos cidadãos.* O fim da democracia é a realização da liberdade, mas esta liberdade não se obtém através da marginalização do «povo», antes assenta na intensificação da sua participação crítica (F. NEUMANN). Deve salientar-se, por último, a rápida transformação da realidade político-partidária ocorrida na Europa nos últimos tempos. Começa a tratar-se a tendência para "partidos europeus" e famílias "europeias" ao mesmo tempo que se assiste a uma reorganização das formas partidárias no plano interno (ex.: Itália).

II — As dimensões constitucionais do sistema partidário

Dada a sua fundamental importância na realização do princípio democrático, impõem-se algumas considerações sobre a posição jurí-dico-constitucional dos partidos políticos na ordem constitucional portuguesa. O objectivo destas notas não é uma teoria sobre os partidos [97], mas tão-somente uma curta caracterização da sua natureza e posição jurídico-constitucional.

1. Os partidos políticos como direito constitucional formal

A Constituição de 1976 deu substantividade normativa à completa substituição do regime autoritário, antipartidário e antipluralista simbolizado pela Constituição de 1933. Elaborada numa época em que

[97] Cfr., entre nós, MARCELO REBELO DE SOUSA, «Os partidos políticos na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. II, p. 62; *Direito Constitucional,* cit., pp-181 ss.; *Os Partidos Políticos,* pp. 80 ss; «A Constituição e os Partidos Políticos», in BAPTISTA COELHO, *Portugal,* cit., p. 663 ss. Em geral, sobre os partidos políticos, cfr. M. DUVERGER, *Les Partis Politiques,* 6.ª ed., Paris, 1967; D. L. SEILER, *Les Partis Politiques en Europe,* Paris, 1978; idem, *Partis et Familles Politiques,* Paris, 1980; LIPSET / / ROKKAN, *Party Systems and Voter Alignments, Crossnational Perspectives,* New York, 1976; ROKKAN, *Citizen, Elections, Parties,* Oslo, 1970. Por último, G. SCHMID, *Politische Parteien, Verfassung und Gesetz,* Basel, 1981; GAROA PELAYO, *El Estado de Partidos,* Madrid, 1986; GONZALEZ ENCINAR (org.), *Derecho de Partidos,* Madrid, 1992.

os partidos eram uma *realidade política e constitucional*[98] (tanto entre nós como noutros quadrantes constitucionais), com uma inegável influência na mobilização dos cidadãos, na organização de diversidades ideológicas e na aglutinação de interesses de grupos e classes sociais não admira que ela, ao contrário da generalidade dos documentos constitucionais, não seguisse a tradicional ideia de JELLINEK: não terem os partidos, enquanto tais, qualquer lugar na ordem estadual. Mesmo que lhes fosse reconhecida influência política, eles apenas podiam ser tratados como maiorias ou como minorias ". Paradoxalmente, os partidos assumiam um papel constitucional, mas, ao mesmo tempo, eram remetidos para o domínio dos «acontecimentos extraconstitucionais». A Constituição de 1976 é, neste aspecto, explícita: os partidos são uma *realidade constitucional* e *direito constitucional formal* (arts. 10.72.°, 40.°, 51.°, 117.°, 154.°, 183.°, 190.°, 246.72, 288.70- Esta «decisão» não foi apenas «reflexo» da realidade: o princípio democrático, como já se referiu, não assenta numa *unidade imposta ou pressuposta,* mas no pluralismo político e social. Consequentemente, a democracia só podia ser *democracia com partidos* e o Estado constitucional só podia caracterizar-se como um *Estado constitucional de partidos* [10°-100a].

2. Os partidos como associações privadas com funções constitucionais

Em virtude do reconhecimento constitucional dos partidos políticos e da sua influência para a formação da «vontade política» já se

[98] Sobre o movimento de constitucionalização dos partidos potíticos cfc, desen-volvidamente, M. REBELO DE SOUSA, OS *Partidos Políticos,* cit., pp. 64 ss.; «A Constituição e os Partidos Políticos», in BAPTISTA COELHO, (org.), *Portugal. O Sistema Político e Constitucional,* cit., p. 663 ss.

[99] Cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre, 3.-* ed., p. 114. Sobre a institucionalização jurídica dos partidos cfr. K. LÖWENSTEIN, *Verfassungslehre,* 2." ed., 1969, p. 390. Para o estudo das várias fases da atitude do Estado perante os partidos políticos — oposição-indiferença-legitimação-incorporação — cfr. as referências de CHIMENTI, «I Partiti Politici», in BARBERA / AMATO, *Manuale di diritto pubblico,* p. 325.

[100] Cfr. a evolução para a «democracia de partidos» em ELOY GARCIA, *Inmu-nidad Parlamentaria y Estado de Partidos,* Madrid, 1989, p. 85 ss. Sobre o funcionamento do parlamento e partidos em Portugal cfr. J. M. BRAGA DA CRUZ, «O Parlamento e os Partidos», in *Análise Social,* 100, p. 102 ss.

iooa M esnl0 antes da entrada em vigor da Constituição, o DL 595/74, de 7/10 (Lei dos Partidos Políticos), havia já consagrado os partidos como entidades organiza-tórias, política e constitucionalmente relevantes.

pretendeu que os partidos exerciam funções de um *órgão constitucional.* Segundo alguns, eles eram mesmo um órgão do Estado [101]. A *cons-titucionalização dos partidos* ou «incorporação constitucional dos partidos» (HESSE) sejmglica que_eles.deixem_de ser apenas uma realidade sociológico-política de modo algum corresponde à sua^estltizjição». Isto deriva fundamentalmente do facto de os partidos terem *unTèsta-_£=> tuto constitucional* configurado como *direito subjectivo, direito político* e *liberdade fundamental.* A Constituição reconhece a liberdade de formação dos partidos políticos como um direito fundamental (art. 51.°) e concede-lhes um cejta^tOLj)ríyilegiado em relação ao direito geral de associação; não estabelece, além disso,~um contrõlõ~ideolò-gico-programático, mas apenas um controlo externo de liberdade constitucional[102].

Além dejião serem.órgãos estaduais ou constitucionais, os parti-dos não, são *corporacõss-d^direitQ público,* pois embora lhes seja constitucionalmente atribuída uma função política, nem por isso se 0d^l^iJESSEj^d ^tjikddreitõ~ .blico». Do *estatuto subjectivo* deriva a sua caracterização como *associações de direito privado* às quais se reconhecem direitos fundamentais (na medida em que sejam aplicáveis a pessoas colectivas)[104]. Além disso, e não obstante a Constituição reconhecer aos parti- um direito fundamental de participação política e instituir quase

[101] Esta ideia foi defendida na Alemanha, a partir da concepção de LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie,* 1974, p. 92, que fala da participação dos partidos políticos na formação da vontade do povo como equivalente a «funções de um órgão constitucional» (a expressão é, de resto, colhida de uma sentença do *Bundesverfassungsgericht).* FORSTHOFF, *DÕV,* n.° 56, p. 513 chegou a falar de «esta-dualização dos partidos». Sobre o significado do reconhecimento juríco-constitucio-nal dos partidos políticos cfr. G. SCHMID, *Politische Parteien,* pp. 91 ss. Entre nós, cfr., por último, M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* pp. 81 ss.

[102] Cfr., no direito alemão, HENKE, *Das Recht der politischen Parteien,* Góttin-gen, 1972, pp. 110 ss; K. H. SEIFERT, *Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland,* Kõln/Berlin/Bonn/Miinchen, 1973, p. 79.

[103] Cfr. HESSE, *Grundzuge,* cit., p. 73.

[104] Cfr., desenvolvidamente, M. R. KHEITMI, *Les Partis Politiques et le Droit Positif Français,* Paris, 1964. Na doutrina portuguesa cfr. a análise de M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* cit., pp. 91 ss.; «A Constituição e os Partidos Políticos», cit., p. 611. Cfr. também CRISAFULLI, «I Partiti nella Constituzione Italiana», in *Studiper il Ventennale,* Firenze, 1969; RIDOLA, «Partiti Politici», in *Ene. Dir.,* XXXII, 1982; S. GALEOTTI, «Quelques réfléxions sur les groupements et les organismes sans personalité juridique», in *Travaux de VAssociation Henri Capitam,* vol. XXI, Paris, 1969, p. 335; GALEOTTI, *Alia ricerca delia governabilitá,* Milano, 1983, p. 75 ss.

um
^^ os partidos também ovo. Trata-se de organizações aglutinadoras dos
"Interesses e mundividências de certas classes e sociais grupos impulsionadoras da formação da vontade popular, sendo incorrecto qualificá--los como «órgãos» de uma «unidade místico-espiritual» reconduzível, em último termo, ao povo (cfr. DL 595/74, de 7/11, art. 1.71, onde se contém a definição de partido político). A sua função de *mediação política* — organização e expressão da vontade popular (art. 10.72), participação nos órgãos representativos (art. 117.71) e influência na formação do governo (art. 190.71) — indicia o reconhecimento de uma *qualidade jurídico-constitucional diferenciadora* das associações partidárias em relação às simples associações privadas. Como *ele-*) *mentos funcionais de uma ordem constitiicional,* os partidos situam-se i no ponto nevrálgico de imbricação.
dp^gojdgLdoJEstadjojuridicamente r sancionado com o fyíflercjãjiõçiRdade pojjticarnente legitimado."'
y

3. Liberdade interna e liberdade externa

A *liberdade externa* dos partidos reconduz-se fundamentalmente à *liberdade de fundação de partidos políticos* (art. 51.°) e à *liberdade de actuação partidária.* Fala-se aqui em liberdade porque se pretende salientar a «dimensão negativa» ou «defensiva» em relação às ingerências estaduais. Como consequência da liberdade de fundação de partidos, será inconstitucional qualquer regime prévio de autorização ou licença (cfr. art. 46.71).

E se o *dever de registo* (cfr. art. 9.7a e 103.° da L n.° 28/82, de 15 de Novembro) não contraria esta liberdade externa, já o mesmo se não pode dizer da exigência de formalidades com *carácter constitutivo.* Estas serão também inconstitucionais (cfr. Parecer n.° 27/80 da CC, in *Pareceres,* Vol. 13.°, pp. 225 ss.).

A liberdade de fundação de partidos não tem apenas uma dimensão negativa: positivamente, a associação partidária éum verdadeiro direito subjectivo dos cidadãos (art. 51.71). Como corolário da liberdade de associação partidária ninguém pode ser obrigado a fazer parte de um partido ou coagido, por qualquer meio, a nele permanecer (art. 46.73). Estreitamente conexionados com a liberdade externa estão os limites relativos à sua *dissolução* e *suspensão* (cfr. L n.° 28/82, de 15 de Janeiro, art. 103.°).

A *liberdade interna* dos partidos revela-se, sobretudo, em duas questões fundamentais: *a)* sobre os partidos não pode haver qualquer

controlo ideológico-programático; *b)* não é admissível um controlo sobre a organização interna do partido (cfr. art. 51.73). Isto significa a
ou
ideológicaJe-um-partido. A Constituição exige tão somente o respeito dos princípios da independência nacional e da democracia política (art. 10.72). Se é legítimo aludir a uma «inimizade constitucional», ela só pode ter como referente aquilo que a Constituição considera a negação histórica portuguesa do princípio democrático e dos seus elementos (soberania popular, respeito dos direitos e liberdades fundamentais, pluralismo de expressão e organização e política democrática) — as *organizações de ideologia fascista* (arts. 2.°, 46.74 e 163.71-d da CRP, e art. 10.° da LTC).

4. A igualdade de oportunidades dos partidos

A liberdade partidária é inseparável da *garantia da igualdade,* ou seja, o reconhecimento jurídico a todos os partidos de iguais possibilidades de desenvolvimento e participação na formação da vontade popular. *A liberdade partidária* e a *igualdade de oportunidades* no desenvolvimento da actividade política são duas dimensões da liberdade partidária: *proibição de ingerência positiva e negativa* dos poderes públicos na fundação, existência ou desenvolvimento dos partidos [105]. Mais difícil é determinar e delimitar concretamente a *igualdade de oportunidades (Chancengleichheit)* [106]. Por um lado, os partidos são, de facto, desiguais quanto à inserção política, à implantação eleitoral e popular, à capacidade de mobilização, à organização e recursos materiais. Por outro lado, a igualdade de oportunidades reconduz-se, em geral, a uma igualdade jurídica e não a uma *«égalité des conditions»,* a uma igualdade qualitativa. O princípio da igualdade e da liberdade de concorrência partidária pressupõe a «abertura» do processo político através da «paridade» de tratamento, da «tolerância» e «neutralidade» das entidades públicas e da «relatividade» dos valores políticos, (cfr. art. 116.73). Uma «igualdade esquemática» excluirá, desde logo, qualquer discriminação jurídica entre «partidos grandes» e «pequenos», «partidos de governo» e «partidos de oposição», partidos com

[105] Cfr. Hesse, *Grundzuge,* cit., p. *72.*

[106] Cfr. H. R. Lipphardt, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor den õffentlichen Gewalt,* Berlin, 1975. A doutrina alemã utiliza aqui também a fórmula de «igualdade de concorrência» *(Gleichheit der Wettbewerbschancen).*

«representação parlamentar» e «partidos sem representação parlamentar». Adianta-se também que os partidos do governo não podem extrair quaisquer «mais-valias» da «posse legal do poder».

a) *Igualdade de oportunidades e concorrência eleitoral*

A *igualdade de oportunidades na concorrência eleitoral* (cfr. art. 116.73.°-è, da CRP, e art. 56.° da L n.° 14/79, de 16-5, reguladora das eleições para a AR) foi um dos primeiros domínios onde se começou a tentar dar operatividade prática ao princípio da igualdade de oportunidades — regras relativas ao direito de voto, ao sistema eleitoral e à campanha eleitoral[107]. Alguns problemas são hoje discutidos: (i) distinção entre direito de informação do governo e aproveitamento, pelo governo, dos órgãos de informação (a doutrina inclina-se aqui para fortes limites às notas oficiosas e às informações do governo depois do começo da campanha eleitoral); (ii) se os tempos de emissão para propaganda eleitoral devem estar sujeitos a todos os corolários do princípio da representatividade (cfr. art. 40.71, 2 e 3), conducentes a uma «igualdade gradativa» (ex.: partidos que concorram em todo o território nacional terão direito a mais tempo de emissão do que os que concorrem apenas por certos círculos); (iii) em terceiro lugar, discute-se, em alguns países, o problema da legitimidade de *cláusulas-barreira,* inequivocamente inconstitucionais na ordem constitucional portuguesa (cfr. arts. 116.75 e 155.72); (iiii) também continua em discussão o problema do arbítrio na divisão dos círculos eleitorais, salientando-se que a «geometria eleitoral» pode ser tão inconstitucional ao delinear círculos de grandeza diferente como ao estabelecer círculos completamente iguais [108].

b) *Igualdade de oportunidades e financiamento dos partidos*

Uma dimensão fundamental do *princípio da igualdade de oportunidades* é a questão do *financiamento público dos partidos.* Inadmissível parece ser, de acordo com a caracterização dos partidos — associações privadas com estatuto subjectivo de liberdade externa e interna e organizações independentes do Estado, livremente concor-

[107] Cfr. K. H. Seifert, *Die politischen Parteien,* cit., pp. 145 ss. Entre nós, cfr. M. Galvão Teles, «O regime jurídico das campanhas eleitorais no Direito Comparado», in *Estudos em homenagem do Prof. Marcello Caetano,* pp. 228 ss; M. Rebelo DE Sousa, *Os Partidos Políticos,* cit., p. 102 ss.

[108] Cfr. K. H. Seifert, *Die politischen Parteien,* cit., pp. 145 ss.

rentes —, a transformação em *tarefa do Estado* do financiamento da actividade partidária. É materialmente justo o financiamento das campanhas eleitorais, dado o seu importante contributo para a formação da vontade política. A passagem legítima de um *financiamento estadual imediato* (pagamento dos custos da campanha eleitoral a quem tiver uma percentagem mínima de votos) para *um financiamento estadual mediato* (atribuição de subsídios aos partidos representados no parlamento) é constitucionalmente questionável. Se o financiamento dos partidos solidifica a sua posição perante influências externas (o que é mais que duvidoso) nem por isso os subsídios orçamentais deixam de constituir uma inversão do próprio princípio democrático: a formação da vontade parte do povo para os órgãos do Estado e não destes para o povo. Acrescente-se ainda: o subsídio dos partidos pode ser um «prémio ao poder» e uma tentativa camuflada da redução externa partidária e do próprio espectro político [109].

Admitido que seja o financiamento estadual dos partidos, impõe-se ainda discutir vários problemas.

(1) Qual o destinatário do financiamento? Se se optar pelo «modelo norte--americano», o financiamento reverterá a favor do candidato; se o modelo escolhido for o «europeu» as subvenções financeiras destinar-se-ão aos partidos; se se aderir a um critério misto (Canadá) as subvenções financeiras beneficiarão simultaneamente os partidos e os candidatos.

(2) O que é que se deve financiar? Trata-se agora de saber se o financiamento se deve limitar às campanhas eleitorais (neste sentido se pronunciou o *Bundesverfassungsgericht* alemão ao declarar a inconstitucionalidade do financiamento permanente dos partidos) ou se a institucionalização do financiamento público se deve alargar às actividades normais dos partidos. Neste último sentido pode argumentar-se com o facto de o cumprimento das funções constitucionalmente atribuídas aos partidos não se limitar aos períodos eleitorais (assim na Itália, Áustria, Espanha, Portugal).

(3) Quais, dentre os partidos e candidatos, devem beneficiar das subvenções financeiras? A questão reconduz-se à escolha de um critério selectivo dos

[109] O problema tem sido muito discutido. Cfr., por ex., P. HUG, *Die Verfassungsre-chtliche Problematik der Parteifinanzierung,* Zúrich, 1970; H. PLATE, *Parteifinanzierung und Grundgesetz,* 1966. Vejam-se ainda as referências gerais de K. STERN, *Staatsrecht,* Vol. I, cit., p. 252; J. v. MUNCH, *Grundbegriffe des Staatsrechts,* Vol. II, 1976, pp. 44 ss; G. SCHMID, *Politische Parteien,* pp. 115 ss. Entre os estudos mais recentes contam-se o de G. LARDEYET, *Le financement des partis politiques et des campagnes électorales,* Paris, 1980 e o de D. TSATSOS (org.), *Parteifinanzierung im europàischen Vergleich,* Baden-Baden, 1992, onde se pode ver o estudo de M. REBELO DE SOUSA, sobre o financiamento do partido em Portugal (p. 399 ss.). Na literatura portuguesa cfr. a tese de M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* cit., p. 403.

beneficiários do financiamento. Um dos critérios possíveis é o da *representação parlamentar* (Finlândia, Dinamarca, Espanha, Portugal), segundo o qual só a partidos com representação parlamentar podem beneficiar do financiamento público. A repartição far-se-á tendo em conta o número de mandatos ou número de votos. Este critério — eis aqui a objecção principal — pode conduzir à rigidificação e petrificação do sistema partidário. Outro critério toma como base, para a atribuição de subvenções, o *número de votos obtidos,* financiando-se os candidatos ou partidos que tenham obtido uma determinada percentagem de votos (Estados Unidos, Canadá, Alemanha). Em alguns países, utiliza-se um critério misto: representação parlamentar e percentagem de votos. Isto conduz ao financiamento dos partidos com representação parlamentar, distribuindo uma parte igual por todos os grupos com formação parlamentar, e outra parte em função do número de votos obtidos por cada um deles (Áustria, Itália, Suécia).

(4) A que níveis se devem financiar os partidos? A nível nacional, a nível regional, a nível local ou a todos conjuntamente? Um sistema de financiamento público a nível municipal existe na Alemanha e na Suécia, propiciando-se com isso uma relativa independência das organizações locais partidárias relativamente aos esquemas organizatórios nacionais.

(5) O financiamento público implica a proibição de outras fontes de financiamento? Em algumas legislações existem medidas restritivas (exs. nos Estados Unidos os candidatos presidenciais que optem pelas subvenções públicas devem renunciar aos subsídios privados e limitar os seus gastos às subvenções públicas; na Itália proibem-se as doações provenientes dos órgãos da administração, de pessoas públicas e de sociedades com participação pública em percentagem superior a 20%).

Sobre todos estes problemas cfr., por ex. Gambino, *Partiti Politici* e *forma di governo: finanziamento pubblico, transformazione dei partito,* Napoli, 1977.

Finalmente, é de ponderar se as diferenciações estabelecidas para o financiamento dos partidos não correrão o risco de transformarem uma «igualdade de oportunidades gradativas» *(abgestufte Chancengleichheit),* cujos limites não são precisos, numa «cláusula de diferenciação» que viola ostensivamente o princípio da igualdade.

c) *Destinatário constitucional da igualdade de oportunidades*

Também não é isento de dificuldades o problema da identificação do *destinatário da imposição constitucional* da igualdade de oportunidades. Que ela se dirige ao *Estado,* como titular dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional, está fora de quaisquer dúvidas. A forma de actuação (pública ou privada, actos materiais ou actos jurídicos) não tem qualquer relevância. As complexidades surgem já quanto à questão de saber se o princípio constitucional da igualdade de oportunidades se impõe também a *terceiros.* A vinculação de entidades privadas (cfr. art. 56.° da L n.° 14/79, de 16 de Março) parece, desde logo,

resultar da *eficácia externa,* constitucionalmente consagrada, quanto aos direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 18.71). Todavia, a imposição constitucional da igualdade de oportunidades não pode transformar-se numa obrigação dos cidadãos a «abstinências» partidárias. O sentido útil da eficácia externa do princípio da igualdade reside na necessidade de submeter as organizações com carácter de *domínio* (ex.: países com concentração monopolista de imprensa) ou visivelmente condicionadoras da liberdade de voto (ex.: igrejas) a não violar o princípio da igualdade de oportunidades [no]. Em termos positivos, esta eficácia externa significa também direito a igual tratamento por parte de entidades privadas no que respeita, por ex., a tempos de antena, inserção de propaganda eleitoral, utilização de salas de espectáculos, (cfr., por ex., L 14/79, de 16/5 — Lei eleitoral para a Assembleia da República —, arts. 61.° ss.).

III — O direito à oposição

O «direito de oposição democrática» (cfr. art. 117.72) é um direito imediatamente decorrente da liberdade de opinião e da liberdade de associação partidária. Precisamente por isso, o direito de oposição não se limita à *oposição parlamentar* (o art. 117.73, conjugado com o número 1.° do mesmo artigo, poderia ser interpretado nesse sentido), antes abrange o direito à *oposição extraparlamentar,* desde que exercido nos termos da Constituição (art. 10.72). A interpretação restritiva do direito à oposição (no sentido de uma simples oposição parlamentar ao «governo de sua majestade»), conduziria, desde logo, a que as forças políticas não representadas no Parlamento vissem a sua liberdade política, o seu direito de participação na vida pública, o seu direito fundamental de associação e a sua liberdade de expressão, indirectamente restringidos (para aquém do permitido pelo art. 18.°) por uma «anódina» interpretação do direito de oposição democrática (cfr. art. 1.73 da L n.° 59/77, de 5 de Agosto — Estatuto de Direito de Oposição — onde se refere precisamente o direito de oposição dos partidos sem representação parlamentar). A ideia de *oposição extraparlamentar* conexiona-se, de

[110] Cfr. K. H. Seifert, *Die politischen Parteien,* cit, p. 136; Julich, *Chancen-gleichheit der Parteien,* 1967. No que respeita às igrejas, os autores salientam que não está em causa a defesa, por ex., dos princípios cristãos, mas o facto de condicionarem a liberdade de voto, considerando, por ex., como «pecado», a votação em certos partidos. Cfr. K. H. Seifert, *Die politischen Parteien,* cit., p. 380.

resto, com outros direitos fundamentais como, por ex., os direitos de reunião e manifestação (art. 45.°), e com o próprio princípio democrático. O princípio democrático postulará mesmo a oposição extraparlamentar quando a oposição parlamentar deixar de ter expressão significativa, como é o caso das «grandes coligações» formadas por todos os partidos com assento no Parlamento *(Allparteiregierung).*
Específico da *oposição parlamentar* é o direito à informação regular e directa sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público (art. 117.73), o direito de fiscalização e de crítica no âmbito da Assembleia da República (arts. 159.°, 183.7c e 197.°), o direito de participação na organização e funcionamento do próprio parlamento (arts. 178.7b, 179.73, 181.72 e 183.71) e o direito de antena (art. 40.72) [nl]. Constitucionalmente duvidosa é a limitação do direito de réplica política apenas aos partidos de oposição representados na Assembleia da República (cfr., porém, L 36/86, art. *2°* de 5/9 — garantia de réplica política dos partidos de oposição.

Na juspublicística mais moderna tem sido discutido se a *desobediência civil* pode considerar-se como forma de expressão da oposição política e se ela cabe no âmbito normativo de certos direitos fundamentais (ex.: liberdade de expressão, direito de manifestação).

A desobediência civil distinguir-se-ia do direito de resistência porque ela não visa combater globalmente um sistema político corrupto ou injusto. Trata-se, apenas, na conhecida definição de John Rawls de um «acto público, não violento, consciente e político, contrário à lei, praticado com o propósito de provocar uma alteração da lei ou dos programas de governo».

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a desobediência civil poder--se-ia caracterizar como o direito de qualquer cidadão, individual ou colectivamente, de forma pública e não violenta, com fundamento em imperativos ético-políticos, poder realizar os pressupostos de uma norma de proibição, com a finalidade de protestar, de forma adequada e proporcional, contra uma grave injustiça (Dreier).

Rejeitando energicamente a desobediência civil e incluindo-a no domínio da infracção penal, cfr. H. H. Klein, «Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat», in B. Rúthers / K. Stern (org.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe zum 10 jährigen Jubilãum der Gesellschaft fiir Rechtspolitik,* Múnchen, 1984, p. 177 ss. Para uma opinião mais positiva sobre o direito de desobediência civil cfr. Dreier, «Widerstandrecht im Rechtsstaat?» «Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam», in *Festschrift fiir U. Scupin, zum 80 Geburtstag,* Berlim, 1983. O estudo do conceito de desobediência civil terá de começar, hoje, pela leitura de John Rawls, *A Theory of Justice* (trad. espanhola: *Teoria de la Justicia).* Entre nós, cfr. Maria da Assunção Andrade Esteves, *A Constitucionalização do Direito de Resistência,* Lisboa, 1989, p. 136 ss.

[111] Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, *Os Partidos Políticos,* cit., p. 497; J. M. Silva Leitão, *Constituição e Direito de Oposição,* Coimbra 1987, p. 138 ss.

GI *PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO MAIORITÁRIO*

I — Fundamento

Existe uma conexão intrínseca entre o princípio democrático e o princípio maioritário. As raízes do princípio maioritário reconduzem--se aos princípios da igualdade democrática e da liberdade e autodeterminação. Se a liberdade de participação democrática é igual e vale para todos os cidadãos, então o estabelecimento vinculativo de uma determinada ordenação jurídica pressupõe, pelo menos, a concordância da maioria. E como, por outro lado, a igualdade de participação democrática pressupõe a igualdade dos votos, então estes só poderão fornecer o suporte para decisões através do respectivo número e não através de um diferente «peso»: os votos contam-se, não se pesam. Os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adopção de um método político de decisão que, pelo menos, beneficia de uma *legitimidade quantitativa maioritária.*

II — Limites

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer «absolutismo da maioria» e, muito menos, o domínio da maioria. O *direito da maioria é* sempre um *direito em concorrência* com o *direito das minorias* com o consequente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.

A maioria não pode dispor de toda a «legalidade», ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário). Por vezes, a importância do assunto exige maiorias qualificadas não só para se garantir a bondade intrínseca da decisão mas também para a protecção das minorias. Por último, devem referir-se os *limites internos* do princípio maioritário: se ele tem a seu favor a possibilidade de as suas decisões se tornarem vinculativas por serem sufragadas por um maior número de cidadãos, isso não significa que a

feolução maioritária seja materialmente mais justa [112] nem a única í verdadeira. O princípio maioritário não exclui, antes respeita, o «pensar f de outra maneira», o «pensamento alternativo». Noutros termos: o princípio maioritário assenta politicamente num «relativismo pragmático» [u3] e não num «fundamentalismo de maiorias». Para utilizarmos as palavras de BENDA: o pressuposto básico da praticabilidade do princípio maioritário é a ausência de pretensões absolutas de verdade [114].

III — Consagração constitucional

Não existe um preceito constitucional a reconhecer o princípio maioritário como princípio constitucional geral. Várias normas apontam, porém, nesse sentido. No art. 119.73, estabelece-se o princípio maioritário para as deliberações dos órgãos colegiais; no art. *166° lh* e *i,* exige-se a maioria qualificada de dois terços para a eleição de certos cargos; no art. 171.75/6, reafirma-se o princípio da maioria para a aprovação de certas leis; no art. 139.72/3, o princípio de maioria é mencionado a propósito da superação do veto político do Presidente da República; nos arts. 284.° e 286.° estabelecem-se maiorias qualificadas para a revisão da constituição.

Noutras disposições encontra-se subjacente o princípio da protecção das minorias (ex. art. 278.74, 281.*°/g).*

[112] Cfr., por ex., HESSE, *Grundziige,* cit., p. 58; RAWLS, *A Theory of Justice,* p. 397. Entre nós, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito,* p. 41.

[113] Sobre o princípio maioritário cfr., por ex., SCHEUNER, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie,* 1973; CLAUDE LECLERQ, *Le Príncipe de la majorité,* Paris, 1971; PIERRE FAVRE, *La décision de la majorité,* Paris, 1976; E. RUFFINI, *La ragione deipiú. Ricerche sulla storia dei principio maggioritario,* Bologna, 1977; N. BOBBIO, «La regola di maggioranza: limiti e aporie», in N. BOBBIO / C. OFFE / S. LOMBARDINI, *Democracia, maggioranza e minoranza,* Bologna, 1981, p. 70; W. HEUN, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, Grundlagen, Struktur, Begrenzungen,* Berlin, 1983; H. HATTENAUER / W. KALTFLEITER (org.) *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung,* Heidelberg, 1986.

[114] BENDA, «Konsens und Mehrheitsprinzip im Grundgesetz und in der Recht-sprechung des Bundesverfassungsgerichts», in HATTENHAUER / KALTFLEITER, *Mehrheitsprinzip,* cit., p. 64.

HI *ARTICULAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS*

O problema coloca-se assim: haverá antinomia entre Democracia e Estado de direito e entre Democracia e Estado social? Comecemos pela primeira.

I — Estado de direito e Democracia

Estado de direito e Democracia — dizem alguns autores — são conceitos verdadeiramente antinómicos e em face desta antinomia há que decidir qual deles tem prevalência. Eis um exemplo da colocação do problema: «o princípio do Estado de direito como *princípio formal impolítico,* e a democracia, como *método* formal da formação da vontade do Estado, situam-se numa relação de potencial colisão ou conflito, havendo que decidir, neste caso, a favor do Estado de direito» [115]. Ou então, apontando já para a possível solução do conflito: «o princípio do Estado de direito tem uma hierarquia superior ao princípio da democracia; um Estado de direito é também possível sem democracia» [116]. No mesmo sentido: «em face de uma antinomia entre Estado de direito e Democracia, o primeiro tem prevalência» [117]. Pressupondo já um juízo de valor, diz-se que a «despótica» democracia tem de subordinar-se à soberania do normativo; o decisionismo democrático tem de subordinar-se ao valor supra-estadual do Estado de direito. Este tipo de argumentação pode cair, desde logo, no erro, apontado por Bàumlin[118], de se hipostasiarem o Estado de direito e a democracia como grandezas abstractas, em vez de se comprovar o que é que, historicamente e na realidade, se quer significar em concreto com as palavras «democracia» e «soberania popular», por um lado, e «auto-soberania do normativo» e do «Estado de direito», por outro. De forma mais desenvolvida do que a que fizemos no capítulo referente ao Estado de direito, analisemos quais os argumentos ou ideias mais agitadas neste problema.

a) O conceito restritivo de democracia e os rancores contra o tirânico «rei maioria» provêm, muitas vezes, do clássico liberalismo conservador. A antinomia será inevitável: o Estado de direito, considerado como a defesa, através da lei e do direito, da liberdade e propriedade privadas, contrapõe-se a «democracia», rebaixada a processo asfixiante da «esfera patrimonial livre». Não insistiremos neste ponto: a visão antinómica é uma sequela da dimensão anti-

[115] Cfr. Maunz-Dúrig, *Grundgesetz, Kommentar,* art. 20, n.° 57.

[116] Cfr., F. Schneider, *Die politische Komponente der Rechtsstaatsidee in Deutschland,* cit., p. 18.

[117] Cfr. N. Achterberg, «Antinomien verfassungsgestaltende Grundentschei-dungen», in *Der Staat,* n.° 8 (1969), p. 179.

[118] Cfr. Bàumlin, *Lebendige oder gebándigte Demokratie,* cit., p. 25.

democrática do pensamento liberal e da acentuação exclusiva do elemento burguês do Estado de direito — defesa da ordem e da propriedade.
b) Noutros casos, o problema é já posto de forma mais pertinente. Trata--se do problema do Estado de direito e das suas relações com aquilo a que KÄGI chamou *concepção decisionista-totalitária de democracia* [119]. Esta concepção reconduzir-se-ia aos seguintes momentos: (1) a maioria democrática é a instância de soberania superior do Estado; (2) a maioria democrática decide de forma absoluta; (3) a maioria democrática tem uma competência absoluta; (4) a maioria democrática não está vinculada por ou a qualquer forma; (5) a maioria democrática não é susceptível de representação; (6) a maioria democrática decide sempre de forma justa; (7) a maioria democrática é indivisível; (8) a voz da maioria democrática é a «voz de Deus». «Radical inimizade à normati-vidade», «total desvinculação formal», «tendência identitária», «monismo do poder», «religião política», seriam, entre outras, as características mais salientes desta concepção. Daqui deriva KÄGI OS casos mais frisantes de antagonismo entre Democracia e Estado de direito.
O primeiro caso surge quando o «povo» exerce simplesmente um poder constitucional e, não exercendo o poder constituinte, contraria a ordem constitucional através de plebiscitos ou outras decisões supraconstitucionais. Aqui estaríamos perante um poder sobre a constituição e o direito — *princeps legi-bus solutus.* A solução será, neste caso, segundo KÄGI, contrapor a lógica do Estado de direito à lógica da democracia compreendida decisionisticamente. Por outras palavras: a única atitude é a de sobrepor a um *acto apócrifo de soberania* a hierarquia normativa do Estado de direito. Além dos casos em que o «povo decidente» se sobrepõe ao princípio constitucional do Estado de direito através de decisões plebiscitarias, a ruptura normativa verificar-se-ia também quando o povo, agindo como legislador simples, se converte em *poder de revisão.* Finalmente, a lógica democrática implicaria a violação do princípio do Estado de direito quando uma decisão que, segundo a constituição pertence ao parlamento ou ao governo, é transferida para o «povo». Para um pensamento consequente com o princípio do Estado de direito, esta inversão de competências é inconstitucional[120]. O pensamento decisionista revela-se pois, perigoso, porque dissolve os contornos das *iniciativas populares,* compatíveis com o Estado de direito, em *posições decisionistas* [121]. Acresce que o pensa-mento decisionista conduz ao *esvaziamento do conceito de constituição:* o povo decidente sobrepõe-se às normas da constituição, decide sobre as normas, não havendo sequer um cerne essencial de lei fundamental.
[119] Cfr. KÄGI, *Rechtsstaat und Demokratie,* cit., pp. 127 ss.
[120] Cfr. KÄGI, *Rechtsstaat und Demokratie,* cit., p. 138. O autor admite como excepção (mas apenas como excepção), a «delegação» no povo quando se trata de urna decisão concreta (por ex.: tratado internacional de carácter político) sobre uma matéria que a constituição não previu.
[121] Exemplo típico de pensamento decisionista seria, por ex., a rejeição dos limites de revisão mesmo quando se trata de revisão parcial. Cfr. KÄGI, *Rechtsstaat,* cit-, p. 141.

Na concepção democrático-decisionista há uma *relativização* ou tenden-cial dissolução da normatividade jurídico-constitucional. Só que isso deriva, não do princípio democrático em si, mas da transformação do princípio democrático em «decisão», em «mecanismo aclamatório» do unanimismo pré-deter-minado. E a degradação do princípio democrático em decisão de integrismo autoritário só vem confirmar a validade da *síntese* dialéctica entre Estado de direito e Democracia.

Há uma *democracia do Estado de Direito* e um *Estado de direito democrático* [122]. Daqui se infere já a posição sobre a «barganha» política que se desenvolve em torno do princípio democrático e da sua superioridade sobre a constituição. Esta visão não é, em geral, um índice de crença no princípio democrático mas uma expressão do pensamento decisionista. Neste sentido se deve interpretar, segundo cremos, a afirmação de HESSE [123] sobre a *prevalência da constituição.* Ao proibir rupturas constitucionais e a dissolução dos direitos fundamentais e ao restringir as alterações constitucionais, a constituição reafirma a sua supremacia mesmo em face do princípio da soberania popular. O sentido prático deste princípio da prevalência da constituição traduzir-se-ia, sobretudo, na exclusão de modificações da constituição que eliminassem os seus próprios fundamentos (cfr. art. 288.°). Fora estes casos, o princípio democrático e o princípio de Estado de direito contribuem ambos para a conformação e racionalização da vida da comunidade e são ambos instrumentos contra abusos do poder. O princípio democrático acentuará talvez o *momento dinâmico* e *confor-mador;* o princípio do Estado de direito colocará a tónica no momento de *permanência e defesa* [124]. Neste sentido se deverá interpretar a fórmula do art. 2.°, aditada pela lei da I.ª revisão (LC n.° 1/82): a República Portuguesa não é só um Estado de direito mas um «Estado de direito democrático» (cfr. ainda art. *9.°/b).*

[122] Cfr. KÀGI, cit., p. 150. No sentido do texto, cfr. HESSE, *Grundzúge,* cit., 110. Entre nós, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 185.

[123] Cfr. K. HESSE, *Der Rechtsstaat,* cit., p. 294.

[124] Cfr. K. HESSE, *Grundzúge,* cit., p. 110; BÀUMLIN, *Die rechtsstaatliche Demokratie,* 1954, p. 87. Nesta última se pode ver a argumentação no sentido de que a *«logique de le démocratie»* não está em insanável oposição com a *«logique de la constitution»;* C. OFFE, «Democracy Against the Welfare State? Structural Foun-dations of Neoconservative Political Opportunities» in *Political Theory,* 15/4, 1987, p. 588 ss.

II ■— Princípio democrático e princípio da socialidade

Se entre o *princípio* do Estado de direito e o princípio democrático se apontam antinomias, elas surgem também quando se procura articular o princípio democrático e o princípio da socialidade e, por maioria de razão, o princípio socialista. A expressão «democracia social» voltou à moderna publicís-tica (recordem-se os antecedentes do jacobinismo, da Comuna de Paris e dos programas dos movimentos operários) através de H. Heller, no sentido que já se referiu, a propósito do Estado de direito: «a exigência de democracia social do proletariado não significa outra coisa que a extensão do pensamento do Estado de direito material à ordem do trabalho e dos bens» [125]. Nas discussões do após-guerra, o problema da articulação da democracia com os outros princípios estruturantes — o do Estado de direito e o do princípio social — volta a ser agitado. Paradigmática foi a posição de Abendroth, na senda de Heller, na discussão juspublicística: «uma democracia só pode funcionar quando ela se estende à própria sociedade e oferece a todas as camadas sociais as mesmas oportunidades de participação igual no processo económico» [126]. A possibilidade de síntese entre estes dois princípios é negada com vários argumentos. A discussão do problema torna-se difícil, dada a transposição de planos (teórico, político) que muitas vezes ocorre na localização das questões. Atente--se, porém, nas objecções mais frequentes. A democracia é um princípio fundamental de uma ordem *livre.* Uma democracia que, a pretexto da igualdade, pretenda transformar-se em democracia económica e social, transforma-se também num perigo para a liberdade [127].

A democracia — afirma-se também — não é compatível com um *Estado de prestações (Leistungsstaat)* que necessita de uma produtividade e grau de eficácia só possíveis através de um aparelho técnico-burocrático tentacular -mente asfixiante dos vários domínios da vida individual[128].

De certo modo, o Estado de prestações é, nesta tese, valorado como um Estado *meramente instrumental,* voltado para o fornecimento de serviços, ficando indiscutido o próprio conteúdo social, político e económico das prestações. Por outro lado, parece encarar-se a democracia como uma «ideia pura» (ou um método) que, só por si, reduzida ao âmbito político, é despojada de qualquer ideia de domínio, ou seja, congenitamente anti-autoritária. Uma *prestação* significa, porém, colocar à disposição dos homens *meios* para a satisfação de necessidades existenciais e humanas *(prestações-fins).* O conteúdo des-

[125] Cfr. H. Heller, «Rechtsstaat oder Diktatur?», in M. Tohidipur (org.), *Der Biirgerliche Rechtsstaat,* Vol. I, cit., p. 165.

[126] Cfr. Abendroth, «Der demokratische und soziale Rechtsstaat ais politische Auftrage», in M. Tohidipur (org.), *Der burgerliche Rechtsstaat,* Vol. I, cit., p. 277.

[127] Cfr., sobretudo, Benda, *Industrielle Herrschaft und sozialer Staat,* Gõttingen, 1966, p. 1105; W. Thieme, «Liberalismus und Grundgesetz» in *ZSTW,* 113 (1957), P-113. Entre nós, cfr. Lucas Pires, A *Teoria da Constituição de 1976,* cit., p. 184.

[128] Cfr. K. Eichenberger, *Leistungsstaat und Demokratie,* Basel, 1969 pp. 11 ss. *Vide,* também, G. Schmid, «Bemerkungen zum Verhãltnis von Leistungsstaat und Wirtschaft», in *Fest. fur Eichenberger,* cit., pp. 263 ss.

tas prestações deve ser valorado, o que não acontece quando se acentua apenas o carácter instrumental das organizações que é preciso criar para fornecer essas prestações. Problema diferente é o de saber como estas organizações de prestações podem desenvolver-se ou evoluir para estruturas fixas de domínio (problema da *democratização de organizações e das estruturas burocráticas*[129]*). A* crítica ao Estado de prestações é, por outro lado, uma crítica ao alargamento das funções do Estado. Este tema foi desde sempre objecto de controvérsias, tornando-se hoje um ponto central da ciência política. A questão não será aqui aprofundada, mas a incompatibilidade entre princípio democrático e Estado de prestações radica de novo: (i) na velha ideia de *separação Estado-sociedade;* (ii) na concepção de Estado como «ser neutral e supra-social»; (iii) na ideia de que a colectividade tem inerente um princípio de *auto-regulacão,* alérgico a intervenções do Estado.

A democracia — diz-se em terceiro lugar — não é compatível com a «politização da economia». Este terceiro argumento pretende significar que se se quiser garantir a existência da democracia, é necessário subtraí-la à pretensão do dirigismo económico, efectivado através de medidas ou decisões políticas estaduais, coactivas e planificadoras. A propriedade privada, o comércio e o contrato é que deveriam ser elementos «regulativos da economia», situando--se na área da sociedade (livre) e não do Estado. A Constituição Portuguesa partiu de dois princípios, tendencialmente diversos: (1) reivindicação para os poderes públicos do controlo da economia e das decisões económicas mais importantes (cfr. art. 80.%, onde se afirma o princípio da «subordinação do poder económico ao poder político democrático», e art. 80.7c, em que se reitera como princípio da organização económica a «apropriação colectiva de meios de produção e solos»); (2) acolhimento das «prestações» da economia de mercado (cfr. arts. 61.° e 87.73), mas não a sujeição às «inelutáveis» leis do mercado. É este o sentido inequívoco de preceitos como os dos arts. *9.°/d,* 81.°, 82.°, 83.° 89.72, 90.°.

[129] Cfr. F. Naschold, *Organisation und Demokratie,* Stuttgart/Berlin/Kõln/ /Mainz, 3.ª ed., 1972; K. Otto Hondrich, *Demokratisierung und Leistungsge-sellschaft,* Stuttgart/Berlin/Kõln/Mainz, 1972; Baldassare, «Diritti Sociali», in *Ene. Giur.,* pp. 7 ss. Entre nós cfr. Jorge Miranda, *Manual,* vol. IV, pp. 187 ss.; Sousa Franco/G. Oliveira Martins, *A Constituição Económica Portuguesa,* Coimbra, 1993, p. 157.

CAPÍTULO 3

PADRÃO I — OS PRINCÍPIOS ESTRUTtJRANTES

3.° _ o PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA

ECONÓMICA, SOCIAL E CULTURAL

; *Sumário*

A) «DECISÃO SOCIALISTA» E «ABERTURA» ECONÓMICA, SOCIAÍ- E CULTURAL

I — A «decisão socialista» no texto originário da Constituição II — A abertura económico-social operada pelas leis de revisão

B) SIGNIFICADO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO í>K DEMOCRACIA ECONÓMICA E SOCIAL

1. Imposição constitucional e discricionariedade legislativa
2. O direito como instrumento de conformação social
3. O princípio do não retrocesso social
4. O princípio da democracia económica, social e cultural como principio de interpretação
5. Imposição da democracia económica, social e cultural
6. O princípio como fundamento de pretensões jurídicas
7. O princípio da democracia económica, social e cultural como 'imite da revisão constitucional

C) A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA ECONÓMICA E SOCIAL

1. O princípio da democracia económica e social e as tarefas ou fun-Çoes "o Estado
2. A «constituição económica»
3. A «constituição do trabalho»
4. A «constituição social»
5. A «constituição cultural»
6. O princípio da igualdade

Indicações bibliográficas
Os problemas do princípio da democracia económica, social e cultural podem ser abordados sob várias perspectivas. Têm um relevo central nas disciplinas de Direito Económico e constituem um núcleo importante da temática dos direitos fundamentais. Aqui referir-se-á apenas alguma bibliografia geral.
GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA — *Fundamentos da Constituição, 2.'* ed., Coimbra,
1993, Cap. III, 4.2.
— *Constituição da República Portuguesa,* Anotada, Coimbra, 1993, p. 285 ss. MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* I, pp. 357 ss.; vol. IV, p. 343 ss. BALDASSARE — *Diritti Sociali,* p. 13. MARTINS, G. O. — «A Constituição Económica Portuguesa: do Programa à Mediação», in
BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal: Sistema Político e Constitucional, 1974-1987,*
Lisboa, 1988, p. 779 ss.
PIRES, L. F. —*A Teoria da Constituição de 1976,* p. 184 ss. SOUSA FRANCO/OLIVEIRA MARTINS — *A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio interpretativo,* Coimbra, 1993.

«DECISÃO SOCIALISTA» E «ABERTURA» ECONÓMICA, SOCIAL E CULTURAL

A realização da democracia económica, social e cultural é uma consequência política e lógico-material do princípio democrático (E. W. BÖCKENFÖRDE). Nesse sentido aponta logo o art. 2.° da CRP, ao considerar como objectivo do Estado de direito democrático «a realização da democracia económica, social e cultural». (Cfr., também, arts. *9°,* 80.°, 81.°).

I — A «decisão socialista» no texto originário da Constituição

O problema da extensão da ideia de democracia foi «decidido» no texto originário da Constituição portuguesa de 1976 através da *opção socialista* (art. 2.°). Para esta opção (que, de resto, *não se identificava* com qualquer posição ou doutrina em particular) contribuíram vários factores, todos eles expressos ou implícitos em considerações anteriores sobre a génese da democracia social e económica: *a)* a democracia social e económica é indissociável do problema da reconversão da estrutura dos meios de produção num sentido socialista (art. *9.°/d); b)* a democracia social é uma «questão de trabalho» intimamente ligada às classes trabalhadoras (cfr. arts. 59.° e 60.°); c) a democracia social e económica com base no princípio socialista é uma forma de reacção e contraposição a relações de produção capitalista (cfr. arts. 89.° e 96.°), que, entre nós, se alicerçaram frequentemente em sistemas políticos autoritários e fascisantes (cfr. Preâmbulo); *d)* a democracia social e económica assente na apropriação colectiva dos principais meios de produção é uma forma de garantia da efectivação de direitos sociais, económicos e culturais (art. *9.°/d); é)* a democracia social e económica, alicerçada no princípio socialista, aponta para a abolição da exploração e opressão do homem pelo homem (cfr., sobretudo, art. *9.°/d).*

A formulação de uma opção socialista foi severamente contestada. Umas vezes discutia-se se um princípio com a natureza do princípio socialista (ou até nas vestes mais modestas de cláusulas da socialidade) devia estar consagrado na constituição. A questão, na sua globalidade, podia reduzir-se a esta pergunta: será politicamente desejável e tecnicamente correcta a inserção de princípios de conteúdo social na lei fundamental de um país? A resposta já foi parcialmente dada quando se afloraram os tópicos indispensáveis de uma teoria

da Constituição' e quando se discutiu a questão da antinomia entre Estado de direito e Estado social[2]. É evidente que quem partir da noção de uma lei fundamental no sentido liberal de «simples limite do poder», quem proclamar a constituição como garantia do *status quo,* sobretudo do *status quo* da distribuição de bens patrimoniais, quem proclamar o «isolamento» do Estado de direito da sua «ambian-ce social», quem continuar a insistir na ideia de constituição de um «Estado total», neutro e formal, como garantia de uma «unidade» pressuposta, enfim, quem considerar a «questão social» apenas como uma realidade natural, não pode ter outra resposta que não seja a de relegar os princípios sociais de uma constituição (desde o princípio socialista a qualquer cláusula da socialidade, por mais «vaga» e «indiferenciada» que seja) para o lugar modestíssimo de um problema administrativo [3]. Apenas três observações: 1) se hoje se considera indiscutível que o princípio democrático tem uma inegável dimensão social e económica, ao lado da dimensão política, não se compreende que a democracia política «tenha lugar» na constituição e a democracia social seja apenas tarefa do «Estado administrativo»; 2) a insistência na formalidade e neutralidade de um Estado de direito e da sua constituição deixa «subrepticiamente» «livre» o «domínio da política» e não fornece quaisquer aberturas para uma compreensão actual da democracia; 3) a reserva da «cláusula de socialidade» pela administração significa retirar da própria democracia política (do Parlamento e da lei) importantes «domínios constitucionais» com o único fim de estabilizar as relações de domínio existentes. Isso é confessado com clareza por um dos principais arautos da antinomia entre Estado de Direito e Estado Social: «as funções do *Daseinsvorsorge* são estabilizar em alto grau as relações de domínio existentes», porque «as revoluções só podem ter sucesso quando se conseguir ter nas mãos o aparelho do *Daseinsvorsorge»* [4].

II — A abertura operada pelas leis de revisão económico--social

As revisões constitucionais de 1982 (I.ª revisão) e de 1989 (2.ª revisão) eliminaram a opção abstracta-ideológica da «decisão socialista» e das suas refracções escatológicas («libertação da exploração

[1] Cfr. *supra,* Parte I, Cap. 3, D, I e II.

[2] Cfr. *supra,* Parte III, Cap. 2/B/V

[3] Cfr., principalmente, Forsthoff, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», in *WDSTRL,* n.° 12 (1954), p. 18 = Forsthoff, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit,* cit.

[4] Cfr. precisamente, E. Forsthoff, *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen,* Kõln, 1958, p. 202. A questão aflorada no texto conexiona-se com o problema geral da legitimidade da constituição económica directiva. Veja-se a discussão em Vital Moreira, *Economia e Constituição,* cit., pp. 117 ss. Por último, em sentido claramente crítico em relação à «programática socialista», cfr. Lucas Pires, *A Teoria da Constituição de 1976,* cit., p. 371. Para uma compreensão constitucionalmente adequada da «decisão socialista», cfr. Jorge Miranda, *Manual,* I, 195; *A interpretação da constituição económica,* 1987. Na doutrina espanhola cfr. A. Garrorena, *El Estado Espanol como Estado Social y Democrático de Derecho,* 1980.

do homem pelo homem) e económicas (apropriação colectiva dos principais meios de produção e irreversibilidade das nacionalizações) a favor de *novas premissas normativas da justiça económico-social,* caracterizadas por uma maior abertura para o «social concreto», por uma maior «normalidade social» desenvolvida ou implementada quer pelo Estado quer pelos cidadãos, por uma maior atenção aos vectores do «ambiente humano» não estritamente reconduzíveis aos meios económicos do social.[5]

Se a realização da democracia económica, social e cultural é uma «consequência lógico-material» da democracia política», a Constituição distingue entre «democracia política» (cfr. art. 9.7c) e «democracia económica social e cultural» (cfr. art. 2.°). Esta é um objectivo a realizar mediante a observância das exigências do princípio demo-crático-político e do princípio do Estado de direito (soberania popular, respeito dos direitos e liberdades fundamentais, pluralismo de expressão, organização política democrática).

O princípio da democracia económica, social e cultural tem a mesma dignidade constitucional do princípio do Estado de direito [5a] e do princípio da democracia política, estando, tal como eles, garantido contra leis de revisão substancialmente perversoras (cfr. *infra).* Todavia, ele apresenta duas dimensões específicas relativamente a estes dois princípios: (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia económica, social e cultural é um «objectivo» a realizar no contexto de um processo público aberto, e, por isso, ela apresenta-se como um fim do Estado (art. *9.°/d);* (2) uma dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no cumprimento dos fins e tarefas por parte de órgãos e entidades públicas.

B | *SIGNIFICADO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA ECONÓMICA E SOCIAL*

1. Imposição constitucional e discricionariedade legislativa

Quando se pergunta pela natureza jurídico-constitucional dos «princípios», «dimensões» ou «componentes» sociais do princípio

[5] Cfr.

5a

r. SOUSA FRANCO/OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica*..., p. 332 ss. *í,* por último, ZACHER, *Das Sozialstaatsziel,* in ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch,*

Cfr. SOUSA FRANCO/OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica...* [a] Cfr., por último, ZACHER, *Das Sozialstaatsziel,* in ISENSEE/KIRCHHOF, cit-, p. 1102.

democrático, a resposta, independentemente das manifestações concretas que se encontram na Constituição, deve ter em atenção os parâmetros a seguir analisados.
O princípio da democracia económica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócio-económicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (cfr. arts. 2.° e 9.°). No seu cerne essencial, o princípio da democracia económica, social e cultural é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discricionariedade legislativa* quanto ao «se» da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização (cfr. Ac TC 189/80).

2. O direito como instrumento de conformação social

O princípio da democracia económica e social constitui uma *autorização constitucional* no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma «justiça constitucional» nas vestes de uma «justiça social».
O princípio da democracia económica e social impõe *tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas económicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses (art. *9°/d* e *81°/a* e *b).*

3. O princípio do não retrocesso social

O princípio da democracia económica e social aponta para a *proibição de retrocesso social.*
A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo.* Desta forma, e independentemente do problema «fáctico» da irreversibilidade das con-

quistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, reces-sões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural* (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão II). O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social» (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduza o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho necessário para a aquisição do direito à reforma[6]) (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão II, e Ac TC 39/84). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar inquebrantavelmente os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa.

[6] Cfr. D. SUHR, «Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit», in *Der Staat,* n.° 9, p. 92; LENZ, *Die unbeagliche Nâhe der Koalitionsgarantie zum Sozialstaat,* in H. MAUS, *Gesellschaft, Recht, Politik,* Neuwied, 1968, p. 203, 208; K. HESSE, *Grundziige,* cit., p. 86 ss., defende expressamente a tese da «irreversibilidade» *(Nichtumkehrbarkeitstheorie):* o princípio da socialidade proíbe a eliminação do núcleo daqueles domínios jurídicos que pertencem à essência do Estado social (protecção do trabalho, tempo de trabalho, auxílio social, segurança social, direito à contratação colectiva). Cfr. porém, ROSANVALLON, *La Crise de 1'État-Providence,* Paris, 1981, onde se traçam objecções à definição de um conteúdo para o Estado Social, dado que o sistema de necessidades se acaba por confundir com a dinâmica social. Contra: J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «Direitos e garantias fundamentais», in BAPTISTA COELHO, *Portugal. O Sistema Político e Constitucional,* p. 695. Reafirmando a posição do texto, embora com outros matizes, cfr. GOMES CANOTILHO, «Direito, direitos, tribunal, tribunais», in BAPTISTA COELHO, *Portugal,* cit., p. 910. Posição cautelosa pode ver-se, por último, em BADURA, *Der Sozialstaat,* in *DÒV,* 1989, p. 496. Na doutrina espanhola, cfr. J. de ESTEBAN / LOPEZ GUERRA, *El Regimen Constitucional Espanol,* 1980, p. 348, e, por último, VALLESPIN ONA, «Estado de Bienestar y Constitucion» in *Revista do Centro de Estúdios Constitucionales,* 1,1988, p. 135.

4. O princípio da democracia económica, social e cultural como elemento de interpretação
O princípio da democracia económica e social é um *elemento essencial de interpretação* na forma de *interpretação conforme a constituição.* O legislador, a administração e os tribunais terão de considerar o princípio da democracia económica e social como *princípio obrigatório de interpretação* para avaliar a conformidade dos actos do poder público com a constituição[7].
Sobretudo nos casos de *exercício de poder discricionário* e de interpretação de *conceitos indeterminados,* o princípio da democracia económica e social constitui uma *medida vinculativa* do exercício da discricionariedade e uma *linha de direcção obrigatória* na concretização do conceito indeterminado. Neste sentido se fala da interpretação dentro do «espírito» do princípio da democracia económica e social e da presunção do exercício do poder discricionário da administração à luz do princípio da socialidade [8].
5. Imposição da democracia económica, social e cultural
O princípio da democracia económica e social justifica e legitima a intervenção económica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios económico, cultural e social ("realização e concretização de direitos sociais"). Não se exclui *o princípio da subsidiariedade* como princípio constitucional mas este não pode ser invocado para impor a excepcionalidade das intervenções públicas. O princípio da subsidiariedade, tradicionalmente erigido em princípio constitucional, significava que o Estado tinha uma função apenas acessória ou complementar na conformação da vida económica e social. Era uma ideia do capitalismo liberal. Todavia, como sugestivamente foi salientado [9],

[7] Cfr. Boggs, *Die Verfassungskonforme Auslegung,* 1966, p. 61; Grimm, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform», in *AÕR,* 97, p. 499; Badura, «Der Sozialstaat», cit., p. 492; Baldassare, *Diritti Sociali,* cit., p. 14.
[8] Cfr. Badura, «Auftrag und Grenze der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat», in *DÓV,* 1968, pp. 446 e 448.
[9] Cfr. H. P. Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz,* Krankfurt/M., 1973, p. 198. Cfr. porém, Leisner, *Subsidiaritàtsprinzip und Verfassungsrecht,* 1968, pp. 191 ss., e a revalorização do «princípio da auto-responsabilidade» na moderna juspublicística em Zacher, *«Das Sozialstaatsziel»,* Isensee / Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts,* I, cit., p. 1062.

o Estado, ao converter-se em Estado socialmente vinculado, colocou--se em «oposição à ideia de subsidiariedade». Isto não significa que tenha sido eliminado *o princípio da auto-responsabilidade* ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidos: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno, para si e para a sua família (arquétipo do «Grande-Pai»). Por outro lado, o livre desenvolvimento cultural, social e económico dos cidadãos é um *processo público aberto* às mediações de entidades privadas (instituições de solidariedade social, associações desportivas, cooperativas de habitação). O princípio da democracia económica social e cultural é, porém, uma *imposição* constitucional conducente à adopção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos económicos, sociais e culturais [10].

6. O princípio como fundamento de pretensões jurídicas

O princípio da democracia social e económica de modo algum se pode conceber como um «conceito em branco» sem qualquer substância normativo-constitucional [u]. Problemática é já a resposta à questão de saber se o princípio da democracia económica e social pode ser *fundamento imediato e autónomo de pretensões jurídicas.* Entre nós, não se pode argumentar com o facto de o princípio da democracia social se reduzir a uma simples cláusula de socialidade (de «défice jurídico e social-psicológico» fala W. SCHMIDT), de carácter político-organizatório-programático, que não alicerça a consagração concreta de direitos sociais, económicos e culturais [12]. O princípio da democracia económica e social encontra-se concretamente plasmado em numerosos preceitos, consagradores de direitos subjectivos dos cidadãos. Pergunta-se, porém, se para além destas expressões concretas, o cidadão pode, com base no princípio geral da democracia económica e social, fundamentar, perante a administração e os

[10] Cfr. HARTWICH, *Sozialstaatspostulat,* cit., p. 340.

[11] Cfr. C. MENZEL, «Die Sozialstaatlichkeit ais Verfassungsprinzip der Bundesre-publik», in *DÕV,* 1972 = M. TOHIDIPUR (org.), *Der burgerliche Rechtsstaat,* cit., Vol. II, pp. 317 ss.

[12] Cfr. BALDASSARE, *Diritti Sociali,* p. 13, que assinala a mesma característica ao texto constitucional italiano.

tribunais, pretensões subjectivas. A resposta, em geral, é negativa, considerando-se que o princípio da democracia económica e social é tão-somente um *princípio jurídico fundamental objectivo* e não uma *norma de prestação subjectiva.* A favor desta consideração milita ainda o facto de a democratização económica e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais. Estes não teriam, na aplicação do princípio da democracia social e económica, qualquer medida racional que os auxiliasse na tarefa de decisão. De qualquer modo, ao princípio da democracia económica e social pode e deve reconhecer-se a natureza de princípio jurídico fundamental, imediatamente vinculante, em alguns casos: *a)* no caso de arbitrária inactividade do legislador, os cidadãos podem dirigir-se aos órgãos que, no nosso sistema, têm competência para suscitar a questão da inconstitucionalidade por omissão (cfr. art. 283.°) com o fim de obterem uma «recomendação» a favor da concretização legislativa das «imposições constitucionais de legislar» contidas no princípio da democracia económica e social; *b)* no caso de particulares situações sociais de necessidade, justifica-doras de uma imediata pretensão dos cidadãos a partir do *princípio da defesa de condições mínimas de existência* (assim, por ex., no caso de acidentes climatéricos e fitopatológicos imprevisíveis ou incontrolá-veis — cfr. art. 100.°/2/c —, os cidadãos atingidos poderiam reclamar auxílio do Estado, independentemente da institucionalização legislativa de um sistema de socialização de riscos; o mesmo se poderia dizer, por ex., para as vítimas de tremores de terra, para as crianças «abandonadas ou em perigo»)[13] (cfr. *infra).* A dimensão subjectiva do princípio justificará também a *prevalência* dos direitos económicos sociais e culturais em relação de *conflito* com outros direitos, quando se verificarem determinados condicionalismos. Assim, por ex., o princípio da socialidade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de o despejo de habitação constituir uma medida gravemente atentatória da dignidade da pessoa humana, O juiz poderá e deverá suspender a execução da sentença de despejo e o proprietário deverá ser indemnizado pela não execução da mesma sentença.

[13] A modéstia desta conclusão revela bem que o problema de concretização normativo-constitucional do princípio de democracia económica e social se desenvolve, em grande medida, no plano da luta político-constitucional. Considerando também que o princípio da socialidade é inadequado para fundamentar pretensões jurídicas enquanto não estiver concretizado, cfr., por último, BADURA, *Der Sozial-staat,* p. 494.

7. O princípio da democracia económica, social e cultural como limite da revisão constitucional

O princípio da democracia económica e social é um *princípio garantido contra a revisão constitucional.* E certo que o art. 288.° não faz alusão, *expressis verbis,* ao princípio da democracia económica e social como limite material de revisão, mas também a não faz quanto ao princípio de democracia política. Todavia, se das alíneas *d), h)* e *i)* se deduz, indiscutivelmente, que a dimensão política do princípio democrático está incluída nos limites materiais de revisão, também das alíneas *e), f)* e *g)* se conclui que a *dimensão económica e social do princípio democrático é um limite material de revisão.* Consequentemente, o regime substantivo do princípio, sobretudo quando corporizado pelos direitos, económicos, sociais e culturais, não pode ser perturbado pelas leis de revisão [14].

C | *A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA ECONÓMICA E SOCIAL*

A definição dos contornos jurídico-constitucionais do princípio da democracia económica e social não faz luz suficiente sobre o *conteúdo* e *concretização* constitucional do mesmo princípio. Por isso, para além das notas gerais sobre o seu significado jurídico-constitu-cional, impõe-se uma aproximação intrínseca ou material. Não basta dizer que o princípio da democracia económica e social não é um «conceito em branco» ou que a imposição da socialidade não se reconduz a determinações «sociais-caritativas». Tão-pouco se obtém uma resposta satisfatória se nos mantivermos pelas «formas plásticas»: que o princípio da democracia económica e social é um «mandato para a política activa sob o ponto de vista social, económico e cultural» e que o Estado é responsável pela «justiça social» e pela garantia das «prestações existenciais» (mínimas ou máximas?) necessárias a uma «existência humanamente digna». Importa perguntar como se concretiza na Constituição [0] princípio da democracia, económica e social. A isso se destinam as considerações subsequentes.

[14] Em sentido análogo, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* [vo]l- IV, p. 343.

1. O princípio da democracia económica e social e as tarefas ou funções do Estado

Parafraseando SCHARPF [15], pode-se afirmar que a Constituição, ao impor aos órgãos do Estado a criação de pressupostos materiais para a realização da democracia social e económica, lhe prescreveu *funções de Estado de terceira ordem.* Isto significa que o quadro das funções do Estado não se reduz à manutenção da segurança interna e externa do Estado, à manutenção de uma ordem-quadro para o exercício de liberdade política e económica (funções de Estado de primeira ordem). Também as funções de Estado não se reconduzem a uma política de «intervenção» e «estímulo» com o fim de criar instrumentos de «integração» necessários à organização capitalista da economia (funções de Estado de segunda ordem). Avançou-se para funções de Estado de terceira ordem que pressupõem intervenções qualitativas na ordem económica existente. Estas intervenções não se limitam a uma função de *direcção (Steuerung durch Recht, Lenkungsrecht)* ou de «coordenação» de uma «economia de mercado»; são instrumentos de transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. *9.°/d).* Mais problemática é já a questão de saber se a Constituição impõe um *«productive State»* — que se tem mostrado ineficiente e burocratizado — ou se a democratização económica, social e cultural pode ser conseguida por instrumentos distributivos e redistributivos mais flexíveis e dinâmicos. Com a eliminação da «decisão socialista» a resposta orienta--se no último sentido.

2. A «constituição económica»

Utilizaremos aqui o termo de *constituição económica* no seu *sentido restrito,* ou seja, o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia[16].

[15] Cfr. SHARPF, *Plannung ais politischer Prozess,* cit., p. 163 ss. Entre nós cfr., SOUSA FRANCO/OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica,* p. 216; A. CARLOS SANTOS/M. EDUARDA GONÇALVES/M. A. LEITÃO MARQUES, *Direito Económico,* Coimbra, 1990.

[16] Cfr., por ex., G. GUTMANN / H. J. HOCHSTRATE / R. SCHLUTER, *Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland,* 1964; GOMES CANOTILHO / / VITAL MOREIRA, *Constituição,* nota prévia à organização económica; VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição,* pp. 40 ss., cit. Nesta última obra, pp. 69 ss., se podem ver, porém, os problemas que o conceito de constituição económica (em sen-

A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e económica), consagrou uma «constituição económica» que, embora não reproduza uma «ordem económica» ou um «sistema económico» «abstracto» e «puro», é fundamentalmente caracterizada pela ideia de democratização económica e social. Coerentemente, o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador é *uma. política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética «neutralidade económica» da Constituição ou de um pretenso mandato democrático da maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e económica, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um *limite* e um *impulso* para o legislador. Como *limite,* o legislador não pode executar uma política económica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como *impulso,* o princípio da democracia económica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgãos concre-tizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição[17]. Esta política, como demonstra J. RAWLS, tanto pode ser de cariz liberal-social (não socialista) como de natureza social-democrata (com alguns acenos socializantes), desde que se proponha optimizar as expectativas dos menos favorecidos em condições de uma justa igualdade de oportunidades.

tido restrito e formal) pode suscitar. A utilização do conceito restrito de constituição económica no sentido do texto pode ver-se, por último, em BADURA, *Wirtschaftsver-waltungsrecht,* in V. MUNCH e outros, *Besonderes Verwaltungsrecht,* 5.ª ed., 1979, p. 260. Entre nós, cfr. OLIVEIRA MARTINS, «A Constituição Económica Portuguesa: do Programa à Mediação», in BAPTISTA COELHO (org.) - *Portugal, Sistema Político e Constitucional,* pp. 779 ss.; SOUSA FRANCO/OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa,* p. 12 ss.

[17] Das considerações do texto se pode deduzir que se a Constituição não encerra um «esquema dogmático e rígido», também não é uma «porta escancarada» a políticas económicas, em manifesta contradição com o texto constitucional. Neste ponto, merecem-nos reticências as considerações de JORGE MIRANDA, *A Constituição,* cit-, p. 517, e de LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição,* p. 184 ss, 341 ss. O alicer-Çamento de uma «política económica» em dissonância com a Constituição não perturba o entendimento normativo do princípio, mas a «sobrecarga económica» do texto constitucional, na sua versão originária, acabaria por lançar sobre a lei fundamental 'oda a conflitualidade social e económica, em vez de esta se centrar no terreno da luta política. Nesta perspectiva, as considerações do texto são, hoje, entendidas num sentido mais juridicamente directivo do que juridicamente impositivo.

3. A «constituição do trabalho»

A Constituição não dedica qualquer capítulo especial a uma «constituição do trabalho» [18]. Isto compreende-se por dois motivos fundamentais: (1) na medida em que os preceitos constitucionais do trabalho se reconduzem a normas de garantia do direito ao trabalho, do direito de trabalho e dos direitos dos trabalhadores, a Constituição vincou a sua inequívoca dimensão subjectiva e o seu carácter de «direitos fundamentais», deslocando esses preceitos para o capítulo referente a direitos fundamentais; (2) superando a tendência clássica (com justificação histórica) para caracterizar o direito de trabalho como simples direito de protecção («orientação protectiva» no direito de trabalho), a Constituição erigiu o «trabalho», os «direitos dos trabalhadores» e a «intervenção democrática dos trabalhadores» em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia económica e social (cfr. art. 2.°).

O primeiro aspecto ganhou uma dimensão ainda mais inequívoca com a LC n.° 1/82 (Lei da 1.* Revisão), na medida em que esta autonomizou, no Cap. III da Parte I, os *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores* (cfr. arts. 53.° ss.). O segundo aspecto foi deliberada-mente minimizado pela LC n.° 1/82 e pela LC 1/89, embora o problema do trabalho continue a não ser visualizado apenas sob o ângulo do «trabalho subordinado», mas também sob o ponto de vista do «poder dos trabalhadores» como «poder socialmente emancipatório»[19]. (Cfr. arts. 54.71 e 5, *55.°/2/d,* 56.72/Ò e c).

4. A «constituição social»

O conceito de «constituição social» servirá aqui para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social, formalmente plas-

[18] Aliás, a «constituição do trabalho» tal como a «constituição económica» ou a «constituição financeira» não constituem realidades autónomas dentro de uma constituição, devendo sempre interpretar-se no contexto global da constituição. O seu valor é, pois, essencialmente heurístico e operativo. Sobre a interpretação da «constituição do trabalho» cfr. Barros Moura, «A Constituição portuguesa e os trabalhadores», in Baptista Coelho, (org.), *Portugal, Sistema Político-Constitucional,* cit., p. 814.

[19] O conceito de «trabalho», como transparece do texto, é um conceito constitucional polissémico, afigurando-se-nos erróneo querer captar o conceito de «trabalho» sob uma perspectiva unidimensional cfr. Jorge Miranda, *A Constituição,* cit., p. 520; Barros Moura, «A Constituição Portuguesa e os trabalhadores», cit., p. 820.

mados na Constituição [20]. Ao contrário do que acontece na maior parte das constituições, esta «constituição social» não se reduz a um conceito extraconstitucional, a um «dado constituído», sociologicamente relevante; é um amplo superconceito que engloba os princípios fundamentais daquilo a que vulgarmente se chama «direito social».

a) *Direitos sociais.*

No Cap. II, referente aos direitos económicos, sociais e culturais, encontra-se um amplo «catálogo de direitos sociais». Estes direitos apelam para uma democracia económica e social num duplo sentido: (1) em primeiro lugar, são direitos de todos os portugueses (segurança social, saúde, habitação, ambiente e qualidade de vida, como se pode ver, por ex., através dos arts. 63.°, 64.°, 65.°, 66.° e 67.°); (2) em segundo lugar, pressupõem um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições económicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar destes direitos (cfr. art. 63.74, 64.72, 65.73, 67.7e, 68.°, 69.°, 70.°, 71.° e 72.°). Um terceiro sentido se poderá ainda apontar à dimensão da democracia económica e social no campo dos direitos sociais: a tendencial igualdade dos cidadãos no que respeita às prestações a cargo do Estado. Isto aponta, por ex., para um «sistema de segurança social unificado» (art. 63.72), para um «serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito» (art. 64.72), e para uma «política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos deficientes» (art. 71.72).

b) *O princípio de democracia social.*

Para além da *dimensão subjectiva* do princípio da democracia social, implícita no reconhecimento de numerosos direitos sociais (direitos subjectivos públicos), o princípio da democracia social, como *princípio objectivo,* pode derivar-se ainda de outras disposições constitucionais. Desde logo, a *dignidade da pessoa humana* (cfr. art. 1.°) é considerada noutros países como um princípio objectivo e uma «via de derivação» política de direitos sociais. Do *princípio da igualdade* (dignidade social, art. 13.°), deriva-se a *imposição,* sobretudo dirigida

[20] Cfr. W. Wertenbruch, *Sozialverfassung-Sozialverwaltung,* Frankfurt/M, 1974, pp. 2 ss.; Baldassare, *Diritti Sociali,* in *Enciclopédia Giuridica,* vol. XI.

ao legislador, no sentido de criar condições sociais (cfr., também, art. *9.°ld)* que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos (cfr., por ex., arts. 81.7a, *b* e *d* e 96.7c). Do conjunto de princípios referentes à organização económica (cfr. arts. citados) deduz-se que a transformação das estruturas económicas visa também uma igualdade social. Neste sentido, o princípio de democracia social não se reduz a um esquema de segurança, previdência e assistência social, antes abrange um conjunto de tarefas conformadoras, tendentes a assegurar uma verdadeira «dignidade social» ao cidadão e uma igualdade real entre os portugueses.

5. A «constituição cultural»

O princípio da democracia económica e social tem manifestas incidências na chamada «constituição cultural» [21]. Do conjunto das normas constitucionais referentes à «constituição cultural» (direito à educação e à cultura, direito ao ensino, direito ao desporto) verifica-se que o princípio da democracia económica e social não se limita, unila-teralmente, a uma simples dimensão económica: quando se fala de prestações existenciais para «assegurar uma existência humana digna» pretende-se também aludir à indissociabilidade da «existência digna» de uma expressão cultural e, ao mesmo tempo, à inseparabilidade da «democracia cultural» de um *Daseinsvorsorge* material. Acresce que as instituições democráticas do ensino incentivam e asseguram o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural (art. 73.72 e 3), ao direito ao ensino e à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar (art. 74.71), ao ensino básico universal, obrigatório e gratuito (art. 74.73-a), ao acesso de todos os cidadãos aos graus mais elevados de ensino e à investigação e criação artística segundo as suas capacidades (art. 74.73-*i/*). A criação dos pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma *real liberdade* de formação (desenvolvimento da personalidade, cfr. art. 73.72) e instrumento indispensável da própria *emancipação* (progresso social e participação democrá-

[21] Sobre este conceito cfr., por ex., Stein, *Staatsrecht,* cit., p. 192 ss., que se refere a um *«Kulturverfassungsrecht»;* Häberle (org.), *Kulturstaatlichkeit und Kul-turverfassungsrecht,* 1982; D. Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen,* in VVDSTRL, 42 (1984), p. 7, 46 ss; Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana,* Napoli, 1961.

tica, arts. 73.72 e 74.72). *Igualdade de oportunidades, participação, individualização* e *emancipação,* são componentes do direito à educação e à cultura, e dimensões concretas implícitas no princípio da *democracia cultural*[22]. Por último, as instituições democráticas do ensino e da cultura transformam-se, no quadro constitucional, em *«mecanismos de direcção»,* conformadores de *novas* estruturas sociais: progresso social e participação democrática (art. 73.72), superação de desigualdades económicas, sociais e culturais (art. 74.72), ligação do ensino com as actividades económicas, sociais e culturais (art. 74.73-/))[23]. Coerentemente, e como imposição directa do princípio da democracia económica e social, a Constituição não desprezou o problema da *dependência social da socialização cultural,* ou seja, o significado das «barreiras culturais» para o acesso e êxito escolar (art. 74.71) [24]. Daí a existência de preceitos (até agora não cumpridos ou erradamente cumpridos), garantidores do acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural (art. 73.73), da igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar de forma a superar as desigualdades (art. 74.72), do incentivo do acesso dos trabalhadores «aos meios e instrumentos da acção cultural» (art. 78.72/a).

Note-se que a revisão de 1989 (LC 1/89) esbateu a dimensão de princípio democrático-cultural vinculada a uma perspectiva laborista. A Constituição deixou de aludir a favorecimento de «filhos de classes trabalhadoras» ou mesmo a «trabalhadores» e «filhos de trabalhadores» (cfr. art. 76.° na redacção originária de 1976 e na redacção de 1982). Cfr., porém, ainda, art. 81.72/a.

6. O princípio da igualdade

Das considerações anteriormente desenvolvidas quanto à concretização do princípio da democracia económica e social deduz-se que entre este princípio e o princípio da igualdade há uma conexão bastante estreita. A democracia económica e social abrange as duas

[22] Cfr. HEIMANN / STEIN, «Das Recht auf Bildung», *mAÕR,* 97 (1972) pp. 185--232; REUTER, «Soziales Grundrecht auf Bildung», *mDVBL,* 74, pp. 7-19.

[23] Esta função de «direcção» através do ensino é salientada por REUTER, cit., PP-17 ss.; HEIMANN / STEIN, cit., pp. 202 ss.

[24] A demonstração da dependência social da socialização cultural pode ver-se em MOLLENHAUER, *Sozialisation und Schulerfolg,* in H. ROTH, *Begabung und Lernen,* 5-ª ed., Stuttgart, 1970, pp. 169-296.

dimensões da tríade clássica: *liberte* e *égalité.* Em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um «princípio estático» indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um «princípio dinâmico», impo-sitivo de uma igualdade material. Isto poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da «dignidade social» (cfr. art. 13.°); este constituiria tão-somente um instrumento de diminuição de desigualdades fácticas. A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia económica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia económica e social não é um simples «instrumento», não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma «função conformadora» tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de *igualdade de oportunidades* e não apenas de uma certa *«justiça de oportunidades»* [25]. Isto significa o *dever de compensação positiva da «desigualdade de oportunidades»* (cfr., por ex., arts. *9.°/d,* 20.71, 74.71 e 2, etc). O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se reciprocamente numa «unidade» não redutível a momentos unidimensionais de «estática» ou «dinâmica» da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito *(rechtsstaatliche Chancengleichheit)* e um princípio de igualdade de democracia económica e social *(sozialstaatliche Chancengleichheit)* [26].

[25] Cfr., em sentido contrário, Maunz-Durig-Herzog-Scholz, *Kommentar,* cit., art. 20.°, p. 187.

[26] Cfr. por último, Kloepfer, *Gleichheit ais Verfassungsauftrage,* 1980, p. 41 ss.; Z. Zippellius, *Der Gleichheitssatz,* in *WDSTRL,* 1988. Entre nós, cfr. Castanheira Neves, *Assentos,* pp. 111 ss.; Maria da Glória Ferreira Pinto, *O princípio da igualdade,* p. 20 ss; Jorge Miranda, *Manual,* vol. IV, p. 236.

CAPITULO 4

PADRÃO I — OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES 4.° — O PRINCÍPIO REPUBLICANO

Sumário

indicações bibliográficas

A) DENSIFICAÇÃO CONCEITUAL DA REPÚBLICA

CANAVEIRA, M. F. — «O discurso revolucionário francês e a afirmação do ideal republicano», in *História e Filosofia,* 1984, Vol. III, 1984, pp. 399 ss.

FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo em Portugal. Da Formação ao 5 de Outubro de 1910,* 2 Vols., Coimbra, 1991.

FABRE, M. — *Príncipes Républicains de Droit Constitutionnel,* Paris, 1970.

HOMEM, A. C. — *A ideia republicana em Portugal, o contributo de Teófilo Braga,* Coimbra, 1988

HENKE, W. — «Die Republik» in ISENSEE / KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I, p. 864 ss.

Luc FERRY / A. RENAUT — *Philosophie Politique, 3—Des Droits de Vhomme a Vidée republicaine,* Paris, 1988.

PH. RAYNAUD — «Destin de 1'ideologie Republicaine», in *Esprit,* 1983.

LACASTA ZABALZA, J. I. — *Cultura y Gramática dei Leviatan Português,* Zaragoza
1988, p. 160.
Luís DE SA — *Introdução à Teoria do Estado,* Lisboa, 1966, p. 97 ss. NICOLET, C. —*Vidée républicaine en France,* Paris, 1982. MONTALVOR, L. — *História do Regime Republicano,* Lisboa, 1930. PETOT — *Les grandes étapes du regime républicain français,* Paris, 1970.
B) CARACTERIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPUBLICA
GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa,* anotações ao art. 1.°, p. 57 ss.

A | *A DENSIFICAÇÂO CONCEITUAL DE «REPÚBLICA»*

Não obstante ter sido historicamente um «conceito polémico», o termo *República* não tem merecido, nos tempos mais recentes, uma elaboração teórica profunda. Impõem-se, porém, algumas considerações que ultrapassem a «história» do termo (República como forma ideal de regime para Cícero e Platão) e não se limitem a uma simples caracterização negativa[1]. Isto justifica-se, desde logo, porque o princípio republicano é tão «essencial» como os outros princípios constitucionais estruturantes, está com eles estritamente associado e é um elemento vertebrador da ordem constitucional democrática (Henke).

i. Delimitação negativa do conceito — a República como «não[1] monarquia»

É uma forma tradicional de captação do sentido de República. A República é o regime que exclui qualquer transmissão hereditária do poder. A dimensão antimonárquica levou as constituições republicanas (cfr., entre nós, o art. 40.° da Constituição de 1911, e o art. 74.° **tía** Constituição de 1933) a proclamar a ineligibilidade para a presidência da República dos membros das dinastias ou famílias que tivessem reinado no nosso país. Não é, fundamentalmente, neste sentido, que os arts. 1.° e *2°* da Constituição de 1976 se referem à República. A reconstituição do sistema monárquico não constituía, em 1976, um ^problema político», e a inquestionabilidade do princípio republicano levou mesmo ao não estabelecimento de quaisquer ineligibilidades

[1] Cfr., por último, J. Isensee, «Republik-Sinnpotential eines Begriffs», in *32,* , pp. i ss. w Henke, «Die Republik», in Isensee / Kirchhof, *Handbuch des* j *Staatsrechts,* I, p. 864 ss; R. Chirou, in F. Luchaire / G. Conac, (org.) *La Constitution de la Republique Française, 2.-* ed., 1987, p. 122 ss; «Les idéaux de la Republique», in *to Politi 1ue et Parlamentaire,* n.° 915 (1985). Entre nós, cfr. Marcello Caetano, I u TOa" ^o" ^' PP' "^ ss' ^° d'reit0 brasileiro cfr., por exemplo, Afonso Arinos de JMElo Franco, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro,* Rio de Janeiro, vol. I, Ip ' P- 1^6 ss. No âmbito da historiografia cfr. o penetrante ensaio de Fernando ICatroga, *O Republicanismo em Portugal,* Vol. 2, p. 167 ss.

especiais contra os descendentes da antiga família real portuguesa. Considerado de forma negativa, o princípio republicano não teria hoje qualquer eficácia normativo-constitucional, a não ser que se articule «forma monárquica» a domínio dotado de «sacralidade». Neste caso, «República» não é apenas uma «não monarquia»; significa igualmente um regime sem justificação teocrática.

2. República como «regime de liberdade» oposto a regime autoritário

«Kampfparole», «mystique», princípio das liberdades públicas, alérgico a qualquer forma de regime pessoal ou autoritário, é outro dos sentidos assinalados à palavra «República» e inequivocamente presente na «opção republicana» de 1976. Os grandes momentos republicanos em Portugal «viveram-se» depois da queda de regimes pessoais ou autoritários: a queda da monarquia (5 de Outubro de 1910) e o derrube do fascismo (25 de Abril de 1974). Como *filosofa política das liberdades* [2] compreende-se que a República não tivesse ressonância durante o regime de 1933 mas passasse a ter novamente um sentido político indiscutível a partir de 1974.

3. República como «res publica»

Num velho e amplo sentido, a República significava «coisa pública» (é este o sentido que lhe dão, por ex., Bodin e Kant). Significa ainda hoje comunidade ou «colectividade política». Daí que se fale, por ex., de «Constituição da República Portuguesa» como forma de exprimir a *ideia relacional* da Constituição com a «comunidade» e não apenas com o Estado. Este sentido está implícito no art. 1.° da Constituição de 1976 ao proclamar que «Portugal é uma República soberana...». Utiliza-se conscientemente a palavra «Portugal» (comunidade portuguesa) e não Estado português[3].

[2] Sob o ponto de vista histórico, há que não esquecer a elaboração, durante a III República, em França, dos grandes textos sobre as liberdades públicas: liberdade de imprensa, 1881; liberdade de reunião, 1881 e 1907; liberdade sindical, 1884; liberdade de associação, 1901; liberdade de consciência e culto, 1905.

[3] Cfr. Vital Moreira, «A Formação dos 'princípios fundamentais' da Constituição», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. III, cit., p. 26 e nota 34, p. 27. Anote-se que o termo *res publica* fora já uma fórmula utilizada para designar os interesses supe-

4. República como «Estado» ou «instituições políticas» em vigor
É outro sentido que se pode detectar na teoria política constitucional. ROUSSEAU, por ex., considerava *«Republique, tout Etat regi par des lois. La monarchie, elle-même est Republique».* O Estado organizado, «regido por leis», eis o sentido codificado na expressão do art. 2.° da Constituição de 1976: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático».
5. República «como forma de governo não pessoal»
A velha distinção entre república e monarquia com base na transmissão hereditária do poder é insuficiente para se compreenderem certos mecanismos constitucionais e determinadas realidades políticas. G. JELLINEK [4] anotou, precisamente, que importante era não a hereditariedade ou eleição, mas o facto de um órgão supremo ser constituído por uma única pessoa. Por outro lado, como forma de domínio político-económico, o conteúdo pode ser idêntico. Isto foi já também observado: «.. .A República é, como qualquer outra forma de Governo, determinada pelo seu conteúdo; na medida em que ela é a forma de domínio da burguesia é para nós tão inimiga como qualquer monarquia» [5]. Estas ideias justificam, por ex., que entre nós se fale de «consulado salazarista» e não de «república corporativa».
A ideia esboçada por G. JELLINEK é retomada nos tempos actuais, chegando M. DUVERGER a falar de *«monarchie républicaine»* como *«forme contemporaine que prend la Republique dans les pays les plus avancées économiquement et les plus anciennement démocratiques»* [6].
Como atrás se frisou, o princípio republicano tem implícita a ideia de «poder não pessoal». A tentativa de interpretar, por ex., o sistema político português, no sentido de conferir a um órgão individual um
riores permanentes que não se identificavam ou confundiam com a pessoa do rei. Se o Estado se podia confundir com a pessoa do soberano *(L'État c'est moi),* a *res publica,* a *«republique du royaume»* era a «comunidade permanente e independente da pessoa do rei». É este sentido que posteriormente explicará fórmulas como «A República que nós somos» e «República popular».
[4] Cfr. G. *]ELUNEK,AllgemeineStaatslehre,* 2ª ed., 1909, p. 644.
[5] Cfr. K. MARX / F. ENGELS, *Werke,* Vol. 39, Berlin, 1968, p. 216. Veja-se hoje, FABRE, *Príncipes,* p. 4: *«La Republique se révèle comme un regime du juste milieu».*
[6] Cfr. M. DUVERGER, *La Monarchie républicaine,* Paris, 1974; P. ZURN, *Die Republikanische Monarchie,* 1965.

estatuto de primazia política, com certas acentuações de poder pessoal livre (ex.: disponibilidade completa para propor referendos e plebiscitos), é, entre outras coisas, contrária ao princípio republicano[7].

6. República no sentido de democracia

O princípio republicano e o princípio democrático não são coincidentes. A explicação da utilização da República como sinónimo de democracia remonta, na época contemporânea, ao ideal republicano--radical da *«Republique démocratique»,* defensor, entre outras coisas, da universalidade do sufrágio. *«Les destins de 1'humanité* — declarava, em 4 de Fevereiro de 1794, ROBESPIERRE — só podem ser cumpridos pelo *«le seul gouvernment démocratique ou républicain»; ces deux mots sont synonims, malgré les abus du langage vulgaire...»* Todavia, como o havia intuído J. BRYCE *(There areplenty ofrepublics wich are not democracies and some democracies, like those ofBritain and Norway, wich are)* [8], a simples forma republicana não exclui momentos de poder pessoal (bonapartismo) e de restrição de sufrágio (república burguesa). Nos termos constitucionais, a República tem de ser uma Democracia: ela baseia-se na vontade popular e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (cfr. arts. 1.° e 2.°)[9].

7. República como fundamento do Estado de direito

A associação do conceito de República a «Estado regido por leis», a «democracia» e a «governo não despótico» permite vislumbrar outro sentido útil de República: *fundamento do Estado de direito.* Na medida em que se proclama o primado da lei (bem no sentido de Rousseau e de Kant), a divisão de poderes como meio de evitar a tirania e o despotismo e a vinculação à constituição e à lei como forma de defesa da liberdade individual perante o poder, pode concluir-se que o conceito

[7] Parafraseando F. MITTERRAND, *Le coup d'État permanent,* Paris, 1964, o presidencialismo plebiscitado é um «golpe do Estado permanente». A própria chegada de De Gaulle ao poder, em 1958, mereceu do autor esta distanciação *«Entre De Gaulle et les républicains, ily a d'abord, il a aura toujours le Coup d'Etat».*

[8] Cfr. J. BRYCE, *Modern Democracies,* 1932, Vol. I, p. 25.

[9] Note-se, porém, que a República também foi considerada a forma de Estado oposta à democracia directa. Assim KANT (República como democracia representativa) e MADISON (República oposta a *«popular clamour»,* a *«evelling spirit»).*

de República desempenhava, de alguma forma, a função posteriormente atribuída ao conceito de Estado de direito: o ideal liberal de defesa do cidadão perante o Estado. Assim se compreende, por ex., que, na doutrina alemã, a herança da República transite, durante o séc. XIX, para o Estado de direito, só voltando a apelar-se para o ideal republicano no momento da queda da monarquia (República de Weimar). Mas já por aqui se vê que Estado de direito e República em alguma coisa se distinguiam. O Estado de direito era concebido como uma limitação do poder pelo direito para garantir uma esfera individual livre, mas as liberdades públicas não eram a sua preocupação essencial. Neste contexto, o autoritarismo prussiano era compatível com a teorização de um Estado de direito mas não com a filosofia republicana das liberdades. A 3.ª República francesa não se proclamava Estado de direito mas foi progressivamente consagrando as liberdades públicas. O Estado de direito arrogava-se a Estado ético e a Estado de direito material, mas era o «élan» republicano que transportava a ascese moral e os fins revolucionários da *liberte, égalité etfra-ternité.* Isto explica um fenómeno claramente visível nos movimentos, políticos portugueses: o conceito de Estado de direito permaneceu, durante largo tempo, sem influência visível nas correntes progressistas, limitando-se a um conceito pouco mais que jurídico e universitário [10]. Esta também a razão pela qual os constituintes de 1976 aplaudiram sem reticências a consagração do ideal republicano, mas manifestaram alguma desconfiança em relação ao conceito de Estado de direito. A LC n.° 1/82, ao consagrar expressamente a fórmula Estado de direito, não deixa dúvidas que o Estado de direito consagrado na CRP não é um qualquer Estado de direito mas um *Estado de direito democrático* (cfr. arts. 2.° e *9.°/b),* isto é, *um Estado de direito republicano.*

8. República como ethos

As considerações acabadas de formular suscitam a pergunta derradeira: se o estudo do princípio do Estado de direito e do princípio democrático mostrou que a «substância republicana» se encontra hoje

[10] Reconhecendo que ao Estado do direito faltava o elemento *«populus»* constitutivo do princípio republicano cfr. HENKE, *Die Republik,* cit., p. 882. No contexto revolucionário português, cfr. o artigo de VITAL MOREIRA «Estado de Direito e Legalidade Revolucionária. A propósito dos novos arautos do Estado de direito», in *Vértice,* n-° 369 (1974).

plasmada e realizada naqueles dois princípios, haverá ainda razão em falar de um *ethos republicano,* subjacente ao articulado da Constituição de 1976? A resposta é positiva neste sentido: para além da democracia e do Estado de direito, o ideal republicano afirma-se como cultura cívica e política, como *ethos* comunitário *(res publica),* como *amititia* do povo *(res populi),* como reino de liberdade estética e cultural (da feliz «unidade do Estado e da cultura», no pensamento republicano, falava THOMAS MANN). Este ideal ultrapassa os horizontes estreitos e unidi-mensionalizantes de um jurídico Estado de direito e de uma democracia, sistematicamente reduzida a «método» e «forma» de domínio. A República é, assim, uma «possibilidade espiritual» e uma «distan-ciação»: possibilidade de uma «sociedade mais livre, justa e fraterna» (cfr. Preâmbulo); distanciação dos *«Machtstaat», «Kulturstaat»* e *«Rechtsstaat»* que, demasiado impolíticos e pouco republicanos, albergaram no seu seio os «holocaustos» [n].

B | *A CARACTERIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA*

1. Unidade e indivisibilidade

Nos termos do art. 1.° da CRP, «Portugal é uma República soberana» e, de acordo com o art. 3.°, a «soberania» é «una e indivisível». Os termos *República una e indivisível* remontam, como se sabe, à tradição republicana francesa *(La convention nationale declare que la Republique Française est une et indivisible,* Declaração de 25 de Setembro de 1792) e assumiram em seguida um conteúdo político indiscutível: defesa intransigente da integridade territorial de um país e das suas fronteiras e inimizade declarada para quem ocupe o território pátrio (cfr. Constituição francesa de 1793, art. 21.°: o povo francês *«nefaitpoint lapaix avec un enemi qui occupe son territoire»)*[lla]. Desde então, passou a haver

[11] Significativamente, o 1.° volume organizado por J. HABERMAS sobre a «situação espiritual» da Alemanha tem o título: *Nation und Republik.* Cfr. J. HABERMAS, *Stichworte zur «Geistigen Situation der Zeit»,* Vol. I —*Nation und Republik,* Frankfurt/ M, 1979. Cfr. também o sugestivo estudo de SERGE-CHRISTOPHE COLME, «Libres, égaux et fraternels», in *RFSP,* 4/1985, p. 639 ss.

[lla] Por último, cfr. R. DEBBASCH, *Lepríncipe révolutionnaire d'Unité et dlndi-visibilité de la Republique,* Paris, 1988.

uma espécie de ligação «mística» e «histórica» entre *indivisibilidade, República* e *soberania nacional,* embora rigorosamente a indivisibilidade se relacione com a soberania e não com a República. Neste sentido se explica a redacção do art. 3.71 da Constituição: «A soberania, una e indivisível, reside no povo».

Hoje, o princípio de unidade e indivisibilidade da «soberania» e da «República», depois de o princípio de autodeterminação dos povos (cfr. art. 7.°) ter esvaziado de sentido a mística colonial da «indivisibilidade da Metrópole e Ultramar», tem *significado político-constitucional como proibição de desmembramento interno ou dissolução em organizações supranacionais.* A proibição de desmembramento interno tem aflorações em vários preceitos constitucionais: art. 5.73 («O Estado não aliena qualquer parte do território português») e arts. 137.71-c e 138.° (competência do Presidente da República para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, e para declarar a guerra). Embora com outra formulação, o art. 288.7a, ao estabelecer como limite material de revisão a independência nacional e a unidade do Estado, abrange, sem dúvida, a proibição de desmembramento territorial. Além disto, haverá que ter em conta a protecção penal do princípio da unidade e da indivisibilidade (cfr., precisamente, art. 334.° do DL n.° 400.782, de 23 de Setembro, que aprovou o novo Código Penal).

Se a proibição de desmembramento interno territorial é uma dimensão inequívoca da República una e indivisível, já a dissolução da soberania por *integração em organizações supranacionais* apresenta aspectos mais complexos.

Esta integração constitui uma brecha no «panzer da soberania nacional» (STERN), mas não põe em causa nem a «soberania constitucional», nem a unidade e indivisibilidade da República. Por um lado, não deixa de existir uma «República portuguesa», um «Estado nacional», pois trata-se não de «dividir» ou «desunir» a República, mas de aceitar que determinadas tarefas ou um complexo de tarefas sejam exercidas por órgãos supranacionais. Por outras palavras: não é a soberania dos órgãos constitucionais nem sequer uma função estadual completa, que *in totó* se transfere; cria-se, sim, uma supranacionalidade de competências. Mas, por outro lado, a indivisibilidade e unidade da República já constituirá um obstáculo à fundação de um «Estado europeu unitário» se isso significar uma subtracção de competências ao Estado e à República de tal modo significativa que não pode deixar de pôr em causa o elemento estruturante da autodeterminação do povo português. Este limite já não será tão impressivo

relativamente a um «Estado federal europeu» (cfr. arts. 8.73 e 7.71 e 5)[12].

2. A deslocação constitucional da «República laica»

A «laicidade da República», a «República laica», é também uma das noções ligadas à tradição republicana. Para além dos «momentos emocionais» transportados pelo laicismo republicano, ele cristaliza-se principalmente em três princípios: *secularização do poder político, neutralidade do Estado perante as igrejas, liberdade de consciência, religião e culto.* Todavia, a Constituição de 1976, embora herdando alguns dos princípios republicanos de 1910 (cfr. *supra,* Parte III, Cap.
3, E, I), não adjectivou a República Portuguesa como «República laica» e deslocou os problemas fundamentais do «laicismo» para o âmbito dos direitos fundamentais. Para além de evitar a reposição da «questão do clericalismo», a Constituição deu guarida normativa àquilo que verdadeiramente estava em causa: problemas relativos a direitos, liberdades e garantias como a liberdade de consciência, de religião e de culto, proibição de discriminação por motivos de convicções ou práticas religiosas, liberdade de organização, existência das igrejas e comunidades religiosas, liberdade de ensino da religião e princípio da igualdade perante o Estado de todas as religiões (cfr. art. 41.°). É certo que isto ainda não resolve todos os problemas, (como o demonstra o problema das subvenções ao «ensino privado»), mas retirou uma certa «carga apaixonada» ao princípio da «República laica». Na sua refracção específica relativa à «liberdade de ensino», a «escola laica» afirma-se como espaço de tolerância em que os direitos das minorias (políticas, religiosas, económicas) são defendidos, diversamente do «ensino particular confessional» que proclama o «direito à diferença» através do «ensino confessionalmente crismado».

O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de discutir algumas das mais importantes refracções da «República laica» no âmbito do ensino (Ac TC 423/87, DR, I, 26-1, *«Caso da leccionação da disciplina de religião e moral*

[12] Sobre os problemas abordados no texto cfr., por ex., G. Ress, *Souveranitäts-verstàndnis in den Europàischen Gemeinschaften,* 1980. Entre nós cfr. M. I. JallES, *Implicações jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Europeias. Alguns aspectos,* Lisboa, 1980; Mota Campos, *Direito Comunitário,* Lisboa, 1983; Fausto Quadros, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público,* Lisboa, 1984; António Vitorino, *A adesão de Portugal às Comunidades Europeias,* Lisboa, 1984.

católicas nas escolas públicas»). Para além das normas declaradas inconstitucionais (DL 323/83, de 5/7, art. 2.°/l/2/3) por exigirem uma declaração expressa dos que não desejavam receber ensino da religião e moral católicas, o Tribunal absteve-se de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da inserção do ensino da religião católica no «currículo escolar normal das escolas públicas». A norma é inequivocamente inconstitucional: (1) uma coisa é o *direito prestacional* das igrejas a divulgar a sua mensagem nos estabelecimentos públicos, (2) outra é a da neutralização do princípio constitucional da não con-fessionalidade do ensino (CRP, art. 43.73) através da imposição autoritária, pelo Estado, do ensino de religião nas escolas públicas. Vide, precisamente, os votos de vencido do Acórdão em referência. Em sentido contrário, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 373. Num sentido que julgamos constitucionalmente "insuportável" cfr. o recente Ac. TC 174/93, DR, II, 1.6, que, a nosso ver, ultrapassa todos os limites da interpretação ao converter o princípio da separação do Estado e das igrejas no seu contrário: obrigação de o Estado ensinar uma religião, formar professores e pagar a professores de uma religião!

3. A «forma republicana de governo»

A *forma republicana de governo* é uma expressão utilizada no art. 288.76 da Constituição[13], mas não se descortina com segurança qual o sentido que, concretamente, Ihe poderá ser atribuído. Com um sentido útil, e na sequência da *«decisão» normativo-constitucional* pela República contra a Monarquia, a forma republicana de governo aponta, desde logo, para a necessidade de legitimação popular, directa ou indirecta, do Presidente da República. Em segundo lugar, implica também a existência de uma assembleia representativa dos cidadãos portugueses com base no sufrágio popular. Daí a expressa designação do «Presidente da República» e da «Assembleia da República» como órgãos representativos da «República Portuguesa» (art. 123.°) e dos «cidadãos portugueses» (art. 150.°). Em terceiro lugar, a forma republicana de governo implica eleições periódicas, e por tempo limitado, dos órgãos representativos (proíbem-se assim presidentes vitalícios, assembleias hereditárias). Finalmente, dada a dimensão de *«res publica»,* a forma republicana de governo implica a responsabilidade

[13] O legislador constituinte foi aqui possivelmente influenciado pelas fórmulas contidas noutras constituições (francesa, italiana). A origem da expressão é talvez o [ai]t. V, Secção 4 da Constituição dos Estados Unidos: *«The United States shall gua-rantee to every state in this Union a Republican Form of Government».* Cfr. W. Wiecek, *The Guarantee clause of the United States Constitution,* Ithaca y London, 1972.

política do executivo perante os «órgãos representativos» da República. Estas dimensões do princípio republicano são também cobertas pelo princípio democrático.

4. A protecção do regime republicano

O art. 288.76 considera, expressamente, a forma republicana de governo como um dos limites materiais de revisão. Trata-se do limite material de revisão que, historicamente, mereceu a primeira consagração constitucional (Constituição Francesa, Lei de 10 de Agosto de 1884, art. 2.°). A partir de então, a defesa do regime republicano tem--se ancorado principalmente na proibição constitucional expressa de propostas de revisão da forma republicana do governo.

5. Os «símbolos da República»

O *«apport republicam»* (Serge Arné) está claramente patente na adopção dos símbolos da República como símbolos nacionais (cfr. art. 11.°): *Bandeira* e *Hino Nacional.* Quer a bandeira verde-rubra, quer «A Portuguesa», inicialmente símbolos do movimento republicano e depois do regime republicano, alicerçaram-se como símbolos nacionais da República Portuguesa [14]. A Constituição não descreve, porém, a bandeira nacional (ao contrário de outras constituições), mas não deixa quaisquer dúvidas quanto à sua caracterização, fazendo directamente referência à Bandeira da República, instaurada pela Revolução de 5 de Outubro de 1910. O único problema constitucional que se levanta é o de saber se o Decreto da Assembleia Constituinte de 1910 (Decreto de 19 de Junho de 1911), onde é descrita a bandeira nacional, se deve considerar direito constitucional formal. A resposta em sentido negativo permitiria a uma lei ordinária a alteração da estrutura e composição dos símbolos nacionais, e daí a utilidade da descrição da bandeira no próprio texto constitucional.

[14] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição,* p. 58 ss.; Jorge Miranda, *Constituição,* cit., p. 261, nota 4. A expressão de Serge Arné, mencionada no texto, colheu-se no artigo deste autor «L'esprit de la Véme République-Réfléxions sur l'exercice du pouvoir», *RDP,* 1971, p. 641. Para um estudo dos símbolos republicanos cfr. P. Nora (org), *Les Lieux de Mémoire: 1. La Republique,* Paris, 1984.

CAPITULO 5

PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS. 1.° — SENTIDO E FORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sumário

Indicações bibliográficas

A bibliografia sofre direitos fundamentais é praticamente inesgotável. Indicar-se-ão apenas algumas obras actuais.

1. Obras gerais sobre direitos fundamentais

ANDRADE, J. C. V. — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* Coimbra, 1983.

BARILE, P. —*Diritti delVuomo e liberta fondamentali,* Bologna, 1984. BLECKMANN, A. — *Staatsrecht II. Die Grundrechte,* Kõln/Berlin/Bonn/Munchen, 3.ª ed., 1989.

BURDEAU, G. —*Libertes Publiques, 4.'* ed., Paris, 1972. COLLIARD, C. A. —*Libertes Publiques, 6.'* ed., Paris, 1982. GROSSI, P. — */ diritti di liberta ad uso di lizioni, 2.'* ed., Torino, 1991.

ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrecht,* vol. V.
MADIOT, Y. —*Droits de VHomme et Libertes Publiques,* Paris, 1976.
MIRANDA, J. —*Manual de Direito Constitucional,* vol. IV, 1993.
MULLER, J. P. — *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie,* Bern, 1982.
PECES BARBA, G. —*Derechos Fundamentales 1. Teoria General,* Madrid, 1973.
PÉREZ LUNO, A. — *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, 1984.
PIEROTH B. / SCHLINK, B. — *Grundrechte, Staatsrecht* II, Heidelberg.
RIVERO, J. —*Les Libertes Publiques,* 2 vols., Paris, 1988 e 1983.
ROBERT, J. —*Libertes Publiques et Droits de VHomme,* 4.ª ed., Paris, 1988.
SALADIN, P .— *Grundrechte im Wandel, 2.'* ed., Bern, 1975.
STERN, K. —*Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* III/l, Miinchen, 1988.
2. Bibliografia específica
HISTÓRIA, MEMÓRIA, TEORIAS
I BRAUD, PH. —*La notion de liberte publique en droit français,* Paris, 1968. GRIMMER, K. —*Demokratie und Grundrechte,* Berlin, 1981.
HARTUNG, F. — *Die Entwicklung der Menschen-und Búrgerrechte von 1776-bis Gegen-*
wart, 4." ed., 1972. OESTREICH, G. — *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss,* 2.' ed.,
1978.
PECES BARBA, G. — *Trânsito a la modernidady derechos Fundamentales,* Madrid, 1983. VASAK, K. —As *dimensões internacionais dos direitos do homem,* Lisboa, 1983.
II ANDRADE, J. C. V. — Os *direitos fundamentais,* pp. 54 ss.
BÖCKENFÖRDE, E. W. — «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», in *NJW,*
1974, p. 1529.
KROGER, K — *Grundrechtstheorie ais Verfassungsproblem,* Baden-Baden, 1983. REVEDIN (org.), —*Diritti deWuomo e ideologie contemporanee,* Padova, 1988. WILKE, G. — *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie,* Berlin, 1975, pp. 24 ss. WÚLFING, TH. — *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken,* Berlin,
1981.

A | *SENTIDO E FORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

I — Teoria jurídica geral dos direitos fundamentais

Pretende-se desenvolver neste capítulo uma *teoria jurídica geral dos direitos fundamentais* consagrados na Constituição de 1976. Salientem-se os três traços caracterizadores: (1) - é uma *teoria dos direitos fundamentais* consagrados na Constituição; (2) - é uma *teoria jurídica;* (3) - é uma *teoria geral*[1]*.* Estes traços, no seu conjunto, sugerem que não se discutirão, *ex professo,* nem teorias históricas sobre a génese e desenvolvimento dos direitos fundamentais, nem teorias filosóficas centradas na fundamentação dos direitos do homem, nem teorias sociológicas apostadas na explicação das dimensões funcionais dos direitos no sistema social[2]. O discurso subsequente procura estudar o regime jurídico dos direitos fundamentais, tal como ele se encontra plasmado na Constituição da República de 1976. Estas considerações insinuam já que a teoria dos direitos fundamentais é uma teoria dos direitos fundamentais positivamente vigentes. Trata--se, pois, de uma *teoria jurídico-positiva.* Consequentemente, não é nem uma teoria dos direitos no passado (teorias históricas), nem uma metateoria ou compreensão teórica dos mesmos («teorias teórico-jurí-dicas») nem ainda uma teoria dos direitos fundamentais comparativamente orientada (teorias comparadas ou de direito comparado). Isto não significa que o rasto histórico, teórico e comparatístico, não esteja subjacente a alguns dos desenvolvimentos subsequentes. Todavia, o

[1] Cfr., sobretudo, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* 1986, pp. 22 ss. Cfr. também, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* p. 25 ss; L. Martin-Retortillo /1. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamen-tales y Constitucion,* Madrid 1988; P. Cruz Villalon, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», in *REDC,* 25 (1989), pp. 35 ss.

[2] Cfr. entre nós, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* IV, pp. 37 ss. Em termos pregnantes, cfr. Baldassare, «Diritti Inviolabili», in *Enciclopédia Giuridica,* vol. XI.

objectivo central será o de estudar, sob o ponto de vista jurídico, os direitos que, no actual momento, são objecto de *fundamentalização, positivação* e *constitucionalização* no ordenamento constitucional português.

Na impossibilidade de se fazer uma análise concreta e individual de cada um dos direitos fundamentais ou, pelo menos, dos mais importantes[3], teremos de nos limitar a uma *teoria geral* centrada nas dimensões jurídico-constitucionais mais relevantes dos direitos fundamentais no seu conjunto.

II — Os direitos fundamentais como categoria dogmática

Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais insinua uma outra aproximação: os direitos fundamentais constituem uma *categoria dogmática* e, por isso, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais surgir-nos-á nas vestes de uma *teoria dogmática.* Teoria dogmática em que sentido? Num sentido *analítico,* num sentido *empírico* ou num sentido *normativo*[1]}[4] Em rigor, interessar-nos-ão as três dimensões assinaladas. A perspectiva *analítico-dogmática,* preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais (exs. direito subjectivo, dever fundamental, norma), à iluminação das construções jurídico-constitucionais (exs. âmbito de protecção e limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias) e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais (ex. eficácia objectiva dos direitos fundamentais), passando pela própria ponderação de bens jurídicos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais (ex.: conflitos de direitos). A perspectiva *empírico-dogmática* interessar-nos-á porque os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de eficácia e o modo como o legislador, juizes e administração, os observam e aplicam nos vários

[3] Vide a tentativa de JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 345, onde se faz uma análise dos direitos fundamentais em especial, e os comentários de GOMES CANOTILHO / / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* p. 101 ss.

[4] Cfr., sobretudo, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* cit., p. 22 ss. Cfr. também, CRUZ VILLALON, «Formación e evolución...», cit., p. 37.

contextos práticos. A perspectiva *normativo-dogmática* é importante sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-norma-tjva dos juízos de valor (ex.: na interpretação e concretização).

A conjugação destas três dimensões iluminará a «natureza pra-xeológica» do direito constitucional no âmbito dos direitos fundamentais, isto é, o rigor dogmático vai fornecer-nos instrumentos de trabalho para a compreensão do regime jurídico dos direitos fundamentais.

III — Constitucionalização e fundamentalização

De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, os «direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política», mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional *(Grundrechts-normen).* Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: «onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios». Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conse-quências jurídicas[5].

Todavia, um discurso como este correria o risco de ser uma narrativa positivisticamente fechada em clara «dessintonia» com as premissas básicas atrás desenvolvidas a propósito do sistema aberto de regras e princípios (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2.°). Daí a importância das observações subsequentes.

[5] Cfr. CRUZ VILLALON, «Formación y Evolución», cit., p. 41. Cfr. também, por último, K. STERN, *Das Staatsrecht,* cit., III/I, 1988, pp. 43 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, °s *Direitos Fundamentais,* pp. 20 ss.

1. Os direitos fundamentais como elementos constitutivos da legitimidade autogenerativa

A positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser *elementos constitutivos da legitimidade autogenerativa* (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 4.°), e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva[6], nem que a simples positivação jurídico-constitucional os torne, só por si, «realidades jurídicas efectivas» (ex. catálogo de direitos fundamentais em constituições meramente semânticas). Por outras palavras: a positivação jurídico-constitucional não «dissolve» nem «consome» quer o momento de *«jusnaturalização»* quer as *raízes fun-damentantes* dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade). Neste sentido se devem interpretar logo os arts. 1.° e 2.° da CRP, ao basearem, respectivamente, a República na «dignidade da pessoa humana» (art. 1.°), e o Estado de direito democrático no «respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais»[7]. Esta ideia tornar-se-á mais transparente se aprofundarmos o sentido das categorias «constitucionalização» e «fun-damentalização» de direitos.

2. Constitucionalização

Designa-se por *constitucionalização* a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo--se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh).

3. Fundamentalização

A categoria de «fundamentalidade» (Alexy) aponta para a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material.

[6] Cfr., entre nós, por último, Luzia Cabral Pinto, *A Legitimação do Poder Constituinte,* (polia), 1990, p. 200 ss.

[7] Cfr., entre nós, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais,* cit., pág. 2 ss; Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 41. Riquíssimas informações sobre os «quadros teóricos» dos direitos invioláveis encontram-se em Baldassare, «Diritti Inviolabili»> in *Enciclopédia Giuridica,* Vol. XI.

a) *Fundamentalidade formal*

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucio-nalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consa-gradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288. *°ld* e *e);* (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta ideia no art. 18.71 da CRP).

b) *Fundamentalidade material*

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima fade,* a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*[8]. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.71.°); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (JORGE MIRANDA). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou *em princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais[9]. Preferimos chamar-lhe «norma com *fattispecie* aberta» (BALDASSARE) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das*

[8] Cfr., por todos, STOURZH, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichts-barkeit, 1914,* p. 381. Cfr. também GUIDO GERIN, «Fondamentalità e (Meta)positività dei diritti umani», in REVEDIN (org.), *Diritti deWuomo,* 1988, p. 201 ss.

[9] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 153; HENRIQUE MOTA, «Le príncipe de la uste ouverte en matière de droits fondamentaux», in La *Justice Constitutionnelle au Portugal,* 1989, p. 177; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* p. 34.

normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Ao não tomar em conta esta distinção —*fattispecie aberta* do art. 16.71 e compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras — HENRIQUE MOTA, *Le Príncipe,* cit., p. 184, além de se defrontar com dificuldades na inserção normativa de alguns pretensos novos direitos que caberão no âmbito de direitos já existentes — direito do embrião à implantação uterina, direito das crianças ao conhecimento da identidade dos seus parentes biológicos — acaba também, como se verá adiante, por fechar unidimensional-mente a «textura aberta» do próprio art. 16.71. Cfr., por ex., BALDASSARE, *Diritti Inviolabili,* cit., p. 19; HÖFFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation,* p. 175.

B I *HISTÓRIA, MEMÓRIA E TEORIAS*

I — Os direitos fundamentais no processo histórico

Estas notas históricas assumem um carácter necessariamente esquemático. Em geral, costuma fazer-se um *corte histórico* no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virgínia BUI of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de VHomme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitu-cionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais[10].

O processo histórico não é assim tão linear e daí o rápido bosquejo subsequente, centrado nos principais *momentos de consciencialização* do problema dos direitos do homem[11].

[10] Recentemente, KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutsch-land,* III/l, 1988, p. 56, propôs quatro fases: 1 - uma pré-história até 1600, aproximadamente; 2 - uma história intermédia até 1776; 3 - uma história principal que começa com o *Virgínia BUI of Rights;* 4 - história da constitucionalização-positivação na primeira metade do séc. xix.

[11] Cfr. J. SZABO, «Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do Homem», in VASAK, *As dimensões,* cit., pp. 27 ss.; STH. RIALS, «Ouverture: généalo-gie des droits de rhomme», in *Droits, Revue Française de Theorie Juridique,* 2/1985, pp. 3 ss.; M. VILLEY, *Le Droit et les droits de Vhomme,* Paris, 1983; BALDASSARE, «Le

a) *Da igualdade material ao «nomos» unitário e à «recta ratio»*
Quando se põe a pergunta da existência da ideia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural. O primeiro julgava que só um pequeno número de homens especialmente qualificados possuía um verdadeiro saber acerca da pilotagem do Estado e perante este pequeno número os demais indivíduos estavam obrigados a uma obediência incondicionada, convertendo-se em seus súbditos ou escravos. Significativo é o tema por ele desenvolvido das três raças (de ouro, de prata e de bronze) destinadas a desempenhar funções diferentes na cidade *{República,* Livro 111). O segundo, enfrentando a questão da iniquidade do estatuto da escravidão, acaba por fazer a defesa da condição natural do escravo: «Aquele que por lei natural não pertence a si mesmo mas que não obstante ser homem pertence a outro, é naturalmente escravo»[12].
Todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia de direitos fundamentais. O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade. «Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos» defenderá o sofista Antifon; «Deus criou todos os homens livres, a nenhum fez escravo», proclamava Alcidamas[13]. No pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal[14]. Quer dizer: direitos de todo o mundo e não apenas direitos limitados ao espaço da *polis.* Aqui se visualiza já a ideia de *universalização ou planetarização* dos direitos do homem. No mundo romano, o pensamento estóico tentará deslocar a doutrina da igualdade da antropologia e da ética para o terreno da filosofia e doutrina políticas. É clássica a posição de Cícero: «a lei verdadeira é a razão coincidente com a natureza na qual todos participam» *(ratio naturae quae est lex divina et humana).* E não menos clássicas são as palavras poéticas de Terêncio: «Eu sou homem e nada do que é humano me é alheio». No entanto, a ideia de igualdade dos homens, assente numa dimensão individual e cosmo-
ideologie costituzionali dei diritti di liberta», in *Democrazia e Diritto,* 2/1976, pp. 265 ss. Entre nós, cfr., por último, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, p. 12 ss.
[12] Cfr. Aristóteles, A *Política,* Ed. Presença, 1965, Cap. II. Sobre a dimensão cosmológica da «liberdade dos antigos» cfr. o nosso artigo «O círculo e a linha. Da 'liberdade dos antigos' à 'liberdade dos modernos' na teoria republicana dos direitos fundamentais», in *O Sagrado e o Profano,* Hom. ao Prof. Silva Dias, Coimbra, 1988 p. 733 ss. A releitura moderna do problema da igualdade no mundo romano-cristão encontrar-se-á nas páginas brilhantes de L. Sfez, *Leçons sur 1'Égalité,* Paris, 1984, pp. 39 ss.
[13] Cfr. H. Welzel, *Derecho Natural y Justicia Material,* Madrid, 1957, p. 12; G- Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss,* Berlin p. 10; K. Low, *Die Grundrechte,* Munique, 1977, p. 40.
[14] Cfr. Welzel, cit., p. 42; Oestreich, *Geschichte,* cit., p. 16.

lógica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social[15].

b) *Da «lex natura» cristã à secularização do direito natural*

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina, lex natura* e *lex positiva,* abririam o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das *leis justas* e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina.* Ora, foi a secularização do direito natural pela teoria dos valores objectivos da escolástica espanhola (Francisco de Vitória, Vazquez e Suarez) que, substituindo a vontade divina pela «natureza ou razão das coisas», deu origem a uma concepção secular do direito natural, posteriormente desenvolvida por Grotius, Pufendorf e Locke. Aqui são os preceitos da *«rectae rationis»* (noção explicitada logo no séc. xrv por Guilherme de Ockam) que, desvinculados do peso metafísico e nomina-lístico, conduzirão à ideia de *direitos naturais do indivíduo* e à concepção de *direitos humanos universais*[1<s].

c) *Dos direitos estamentais aos direitos individuais*

A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassalos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suse-rano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia[17].

Mas a *Magna Charta,* embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já «aberturas» para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor «irradiante» no sentido da individua-

[15] Cfr. E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Wtirde,* 1961, p. 36; Oestreich, *Geschichte,* cit., p. 18.

[16] Sobre a influência da secularização em geral sobre a doutrina dos direitos fundamentais cfr. Peces-Barba, *Trânsito a la modernidad* y *Derechos Fundamen-tales,* Madrid, 1983, p. 132.

[17] A Magna Carta procurou também alicerçar os interesses locais em face das prerrogativas reais. Neste sentido, era um documento de garantia e franquia dos cidadãos, semelhante aos que foram concedidos em Espanha, Portugal, Hungria, Polónia, Suécia, na altura da transição do estado feudal pessoal da alta Idade Média para o estado territorial da baixa Idade Média. Cfr. Oestreich, *Geschichte,* cit., p. 26. Por último, cfr. Kyriazis-Gouvelis, *Magna Carta. Palladium der Freiheiten oder Feudais Stabilimentum,* Berlin, 1984.

lização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39.°, onde se preceituava que «Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país». Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais — os cidadãos *óptimo jure* — acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre*[18] se tornou extensivo a todos os ingleses. E este o significado histórico da leitura de Coke, quatro séculos mais tarde: a transformação dos direitos corporativos de algumas classes em direitos de todos os ingleses[19] *(just rights and liberties* como *«birthrights»,* como *«inheritance»).*

d) *Da tolerância religiosa à liberdade de religião e crença*

A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à «verdadeira fé». Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais [20].

e) *Do contratualismo jusracionalista aos direitos do homem*

A secularização do direito natural de que atrás se falou não teve incidência no que respeita à fundamentação desse mesmo direito natural. É que todos os teóricos do direito natural racionalista se preocuparam com a justificação do Estado e com a legislação do domínio. E se Hobbes chega *aoLeviathan* (1651), partindo da ideia de que os indivíduos, ao celebrarem o pacto social, abandonam os seus direitos e liberdades ao soberano absoluto que deve proteger os cidadãos, já Locke, na senda da escola de Salamanca, a partir da mesma ideia de contrato, reage contra o processo de absolutização, acompanhado de uma máquina burocrática centralizadora, na qual a nobreza continuava a deter posi-

[18] Só eram livres os barões e, depois, os proprietários dos condados e os burgueses representados na Câmara dos Comuns, mas já não a grande massa dos vilões.

[19] Cfr. Oestreich, *Geschichte,* cit., p. 25; Kriele, *Einfuhrung in die Staatslehre,* p- 152. É esta individualização dos direitos estamentais que se tornará patente na *Peti-tion of Rights* de 1638, no *Habeas Corpus* de 1679, e no *BUI of Rights* de 1689.

[20] Se alguma coisa alicerçou a teoria da tolerância religiosa no campo da teoria do Estado foi o *princípio da não identificação do Estado* em matéria religiosa. Cfr. Kriele, *Einfuhrung, cit,* p. 153. Para maiores desenvolvimentos sobre a ideia de tolerância como «primeira forma moderna de aparecimento histórico dos direitos fundamentais» cfr. G. Peces-Barba, *Trânsito a la modernidad y Derechos Fundamentales,* PP- 85 ss.

ções privilegiadas, mas da qual a burguesia se sentia marginalizada. A falta de liberdade política da burguesia constituirá um dos incentivos principais a favor da luta pelos direitos do homem[21].

f) *Da autonomia privada ao individualismo possessivo*

Se as ideias contratuais de Hobbes desembocaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da *autonomia privada,* essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esta concepção do individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a *teoria liberal* dos direitos fundamentais que os considerará sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada[22]. Daí que o *Government* se reduzisse à *«Preservation of their* (isto é, dos homens) *Property»,* e o modelo dos direitos de liberdade fosse essencialmente um *modelo económico,* traduzido no facto de os direitos dos indivíduos se reconduzirem à autodeterminação do indivíduo através da livre disposição sobre a sua pessoa e os seus bens. Deve realçar-se, porém, que a doutrina de Locke, juntamente com a de ROUSSEAU, concebia a liberdade como *liberdade no Estado-sociedade,* como corpos políticos indiferenciados, ao contrário das doutrinas fisiocráticas da ordem natural, conducentes à concepção exclusiva de uma liberdade perante o Estado. É esta concepção, assente no dualismo Estado-sociedade e na ideia de esfera de liberdade só limitada pelos direitos dos outros, que adquirirá contornos mais precisos no constitucionalismo tardio das monarquias dualistas, onde a definição de uma *«staatsfreie Sphàre»* se reconduzirá à delimitação do direito do monarca sob o ponto de vista dos súbditos. A evolução desta doutrina acabaria numa *Statuslehre* de G. JELLINEK, em que os direitos de liberdade, praticamente, já não eram os de Rousseau ou de Locke, mas *autovinculações jurídicas* do Estado, agora entendido como personalidade jurídica[23].

[21] Cfr. PECES-BARBA, *Trânsito a la modernidad,* cit. pp. 159 ss, que põe bem em relevo a articulação pacto social-direitos fundamentais.

[22] Sobre as influências do individualismo possessivo de Locke na teoria dos direitos fundamentais cfr. A. B. MACHPERSON, *La Teoria Política dei Individualismo Posesivo, cit.,* pp. 22 ss; GRABITZ, *Freiheit und Verfassung,* Tubingen, 1976, pp. 139 ss; GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz,* cit. p. 152; K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte,* Berlin, 1980, p. 25.

[23] Cfr. por último, K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte,* p. 68, que salienta justamente a passagem dos direitos fundamentais a simples vinculação da lei e a simples norma de competência na doutrina de G. JELLINEK. Cfr. também BALDASSARE, «Le ideologie costituzionali dei diritti di liberta», in *Democrazia e Diritto,* 2/1976, p. 276. Na doutrina portuguesa cfr. a referência à doutrina de G. JELLINEK e respectiva crítica, logo em 1912, por ROCHA SARAIVA, *Construção Jurídica do Estado,* Coimbra, 1912, p. 37 ss. Uma «explicação-adesão» do positivismo jurídico em matéria de direitos fundamentais encontra-se em CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de VÉtat,* I, p. 231.

g) *Capitalismo mercantil e autonomia inalienável*

Que os direitos do homem não se baseiam apenas «em grandezas invariáveis jusnaturalisticamente formuladas» deduz-se das considerações feitas em *è)* e *f),* nas quais é patente a sua conexão com as constelações histórico-sociais. Neste momento apenas se acentuará a ideia da interdependência da «instância filosófico jurídica» dos direitos fundamentais com a «instância económica» o capitalismo mercantil com a sua acumulação de riquezas e a necessidade de segurança das convenções comerciais postulava a existência de um estatuto individual estável, assente numa larga autonomia do «homo oeconomicus»[24].

h) *Socialismo e direitos sociais, económicos e culturais*

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da «sociedade burguesa» são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo MARX, em A *Questão Judaica)* põem em relevo a unidimensionali-zação dos direitos do homem «egoísta» e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do «homem total», o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, o que é certo é que a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do património da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma «coexistência integrada» dos direitos liberais e dos direitos sociais, económicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual[25].

II — As teorias dos direitos fundamentais **1.** As **teorias dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais pressupõem *concepções de Estado e de constituição* decisivamente operantes na actividade interpretativo--concretizadora das normas constitucionais. Significa isto que a interpretação da constituição *pré-compreende* uma *teoria dos direitos fundamentais,* no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e alcance intrínseco dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, concebidos como sistema ou ordem, constituiriam um ponto de *referência sistémico (Bezugssys-*

[24] Cfr. sobre este ponto, PH. BRAUD, *La notion de liberte publique en droit français,* Paris, 1968, p. 23; J. ROBERT, *Libertes publiques et droits de Vhomme,* p. 11 ss.

[25] Cfr. OESTREICH, *Geschichte,* cit., p. 105; SCHAMBECK, *Grundrechte und Sozialordnung,* Berlin, 1969, pp. 17 ss.

tem) para a teoria da constituição e do Estado. A abordagem dos direitos fundamentais não deve, porém, ser aprisionada por teorias ou sistemas fechados, impondo-se antes uma dogmática aberta em que *o pensamento zetético* (= pensamento problematizante) sobreleve as exigências da dogmática pura[26]. Indispensável é, por isso, perguntar *problematicamente* sobre as *teorias* de direitos fundamentais julgadas subjacentes ao articulado constitucional ou esgrimidas na discussão dos direitos fundamentais. Dentro dos quadros constitucionais será legítima a escolha livre entre as várias teorias dos direitos fundamentais? Terá a constituição eleito uma dessas teorias? Sendo a nossa Constituição uma constituição compromissória, não será defensável uma *síntese dialéctica,* topicamente adaptada aos vários problemas suscitados pelos direitos fundamentais? Ás questões agora formuladas pressupõem, previamente, uma breve incursão pelas chamadas *teorias dos direitos fundamentais*[21]*.*

a) *Teoria liberal*

São conhecidos os postulados mais característicos desta teoria: (1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente *direitos de autonomia* e *direitos de defesa;* (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o carácter de *normas de distribuição de com-petências* entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da acção estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como *pré-estaduais,* definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado; (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efectivação, ficariam fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objectivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente *individual,* sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, *Freiheit in se* e não *Freiheit um zu,* isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).

[26] Sobre este pensamento cfr. VIEHWEG, *Ideologie und Verfassung,* Frankfurt/M, 1969, p. 86.

[27] Cfr. essencialmente BÕCKENFÕRDE, «Grundrechtstheorien und Grundrechts-interpretation», in *NJW,* 1974, p. 1529; GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht,* Tubingen, 1976; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit. pp. 54 ss.; K. KROGER, *Grundrechtstheorie ais Verfassungsproblem,* Baden-Baden, 1978; T. WÚLFING, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken,* Berlin, 1981; H. BETHGE, «Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat,* 24(1985), pp. 351 ss.; W. HÒFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation,* 1987, p. 47 ss. Cfr. também JORGE MIRANDA, *Manual,* t. IV, p. 46.

Além de não corresponder inteiramente à própria tradição dos direitos humanos[28], a defesa actual da teoria burguesa, numa desesperada tentativa de sobrevivência dos arquétipos liberais, é uma «reacção» contra o processo de objectivação e socialização dos direitos fundamentais. Esquece, porém, alguns elementos inelimináveis numa teoria temporalmente adequada dos direitos fundamentais: (i) a efectivação real de liberdade constitucionalmente garantida não é hoje apenas tarefa de iniciativa individual, sendo suficiente notar que, mesmo no campo das liberdades clássicas (para já não falar dos direitos sociais, económicos e culturais), não é possível a garantia da liberdade sem intervenção dos poderes públicos (assim, por ex., art. 38.°/6); (ii) «o homem situado» não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização da sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa «cegueira» em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e económicos da realização da liberdade.

b) Teoria da ordem de valores

Os direitos fundamentais apresentam-se, aqui, primeiramente, como valores de carácter objectivo e não como direitos ou pretensões subjectivas. Concebidos os direitos fundamentais como *ordem de valores objectiva,* dotada de *unidade material* e na qual se insere o sistema de pretensões subjectivas *(Anspruchssystem),* deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objectivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia óptima dos direitos e se confere um estatuto de protecção aos cidadãos; (2) se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objectiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) consequentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objectiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concre-tizadoras dos entes públicos de forma a obter a *efcácia óptima* de que se falou atrás. A teoria da ordem de valores, que os autores associam à *teoria da integração* de SMEND e à *filosofa de valores,* procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objectivação dos direitos fundamentais. Só que, como já várias vezes pusemos em relevo, ela é uma teoria perigosa: (1) a indagação da ordem de valores, através de um pretenso método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjectiva, sem qualquer apoio em critérios ou medidas de relevância objectiva; (2) a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num *sistema*

[28] Cfr. GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht,* cit., pp. 139 ss.; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III.

fechado, separado do resto da constituição; (3) a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa *intuição espiritual,* conducente a uma *tirania de valores,* estática e decisionista.

c) Teoria institucional

Esta teoria aproxima-se da teoria da ordem de valores na medida em que nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjectiva. A teoria institucional, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objectiva, jusnaturalística espírito-cultural ou fenomenolo-gicamente captada —, mas sim o quadro *(instituição)* definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. Daqui resultam vários corolários: (1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito de uma instituição e sendo condicionados pela ideia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma *dimensão funcional* na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia[29]; (2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, então os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa *relação de condicionalidade,* donde resulta que o seu conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de *ponderação de bens (Guterabwàgung);* (3) consequentemente, se todo o direito está numa *relação de valor* com outros bens, fica aberta à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); (4) os direitos fundamentais apresentam um *duplo carácter —individual* e *institucional* —que explicará o facto de os direitos fundamentais, tais como as clássicas *garantias institucionais ou garantias de instituto,* deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional (vejam-se, por ex., os limites do art. 46.°/4 ao direito individual de associação com o fim de salvaguardar o direito de associação como instituição). A teoria da instituição cabe o mérito de ter salientado a dimensão objectiva institucional dos direitos fundamentais. Todavia há que fazer algumas reservas substanciais: (a) a faceta institucional dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões destes direitos, ao lado das dimensões individual e social, como reconhece expressamente HÀBERLE; (b) o enquadramento dos direitos fundamentais no «mundo institucional» pode acarretar a «paragem» dos próprios direitos, na medida em que as instituições sejam consideradas mais como *subsistemas de estabilização* do que como formas de vida e de relações sociais e jurídicas, necessariamente mutáveis no mundo evolutivo do ser social; (c) o critério da ponderação de bens utilizado pela teoria institucional conduz a uma perigosa *relativização* dos direitos fundamentais, além de

[29] A liberdade do indivíduo é, pois, uma *liberdade consignada.* Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit. p. 59. Por isso, HÀBERLE, *Die Wesensgehalt-garantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz,* 1962, assinala aos direitos fundamentais um momento de *cidadania activa (aktivbiirgerliches Moment)* necessário à realização da instituição democrática.

não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos de bens constitucionais [30].

d) *Teoria social*

A teoria social parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a *dimensão individual* (pessoal), a *dimensão institucional* e a *dimensão processual.* Continua a considerar-se, como na teoria liberal, que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjectiva, adquire hoje uma dimensão soeial *(Freiheitsrecht und sozialer Zielsetzung).* Por outro lado, muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento. Daí a problemática dos *direitos sociais* que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um *limite* mas como um *fim* do Estado. A socialidade passa a ser considerada como um *elemento constitutivo* da liberdade e não como limite meramente externo da mesma. Mas não basta exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais, se não configurarmos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis,* de que fala Hàberle. Intervém aqui a terceira dimensão assinalada aos direitos fundamentais: a *componente processual* permite aos cidadãos participar na efectivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus.* Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe quanto à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, permanecem obscuros alguns pontos: (1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou serão antes «cavalos de Tróia» na cidade, ainda dominada pelo individualismo impenitente[31]; (2) haverá efectivamente direitos de *quota-parte (Teilhaberechte)* dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?; (3) quais as garantias efectivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente *direitos dependentes à medida das prestações do Estado?*

[30] Cfr. Muller, *Juristische Methodik,* cit., p. 52; Denninger, *Staatsrecht,* Hamburgo, 1979, Vol. 2.°, p. 183; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* cit., P- 60. A ambiguidade da compreensão institucionalista dos direitos fundamentais revela-se também nas diversas dimensões que nela se detectam: quando se *reforça o significado normativo,* a teoria institucional pode ganhar sentido dinâmico; quando se salientar a *dimensão analítica,* o que nos surge é uma perspectiva conservadora, pois os direitos fundamentais, longe de terem um efeito dirigente, são determinados pela realidade social densificada nas instituições. Cfr. Dieter Grimm, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit,* Munchen, 1982.

[31] Cfr. Amâncio Ferreira, «Uma abordagem dos direitos sociais», in *Fronteira,* n° 6, 1979, p. 68. Cfr., também, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* p. 67.

e) *Teoria democrática funcional*
Nesta teoria acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Daí várias consequências: (a) os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público; (b) a liberdade não é a liberdade pura e simples mas a liberdade como *meio* de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu carácter *funcional;* (c) se o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais se encontra funcionalmente condicionado, também se compreende que o respectivo exercício não esteja na completa disponibilidade dos seus titulares: o direito é simultaneamente um *dever;* (d) dado o carácter marcadamente funcional dos direitos, aos poderes públicos é reconhecido o direito de intervenção con-formadora do uso dos direitos fundamentais. Esta teoria parte da ideia de cidadão activo, com direitos fundamentais postos ao serviço do *princípio democrático.* Opera-se uma despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece. Isto pode conduzir a institutos censuráveis como os *de perda ou suspensão* dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva, tal como se consagra no art. 18.° da Constituição de Bona (ex.: uso não conforme ao pretenso princípio democrático)[32].
f) *Teoria socialista dos direitos fundamentais*
A concepção socialista dos direitos fundamentais, oposta à chamada concepção burguesa, tem de ser analisada tendo em conta a *pré-compreensão antropológica marxista.* Recorde-se a célebre Tese n.° 6 sobre Feuerbach: «...a essência do homem não é uma abstracção inerente ao indivíduo isolado. Na sua realidade é um conjunto de relações sociais»[33], Os pressupostos antropológicos da concepção marxista têm logo incidência na caracterização dos direitos do homem. «Assim, nenhum dos pretensos direitos do homem ultrapassa o homem egoísta, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, o indivíduo separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, obedecendo apenas à sua arbitrariedade privada»[34]. Trata-se, portanto, da «liberdade do homem considerado como nómada isolada, fechada sobre si próprio». Desta forma «os *droits de Vhomme,* distintos dos *droits du citoyen,* nada mais são que os direitos dos membros da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade[35]. Por sua vez, «a aplicação prática do direito de liberdade é o

[32] Cfr. a exposição e crítica recente de T. Wúlfing, *Grundrechtliche Gesetzes-vorbehalt,* cit., pp. 91 ss.
[33] Cfr. K. Marx, *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã e outros textos filosóficos,* Ed. Estampa, 3.ª ed., 1975, p. 23.
[34] Cfr. Karl Marx, *A Questão Judaica,* Ed. Ulmeiro, s.d., p. 39; B. Romano, «Emanzipazione e violenza. A propósito dei diritti delPuomo nella Judenfrage», in *Riv. Int. Fil. Dir.,* 4/1982, p. 595 ss.
[35] Cfr. Karl Marx, *A Questão Judaica,* cit., p. 36; A. M. Revedin, *La nega-zione teoretica. I diritti delVuomo e la critica di Marx,* 1985; M. Atienza, *Marx y los derechos humanos,* 1983.

direito da propriedade privada». As citações anteriores permitem-nos concluir que a teoria marxista dos direitos fundamentais parte de uma base antropológica completamente diversa da teoria liberal. Para esta, o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das acções políticas e do próprio direito; para a teoria marxista, o homem tem uma essência social que faz com que não se possa bastar a si próprio, e só se consiga transformar em *homem total* através de uma nova sociedade. A partir daqui a teoria marxista aponta várias consequências para os direitos fundamentais: (a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera «ficção» a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estadual; (b) o direito de participação *(Mitgestaltung),* na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o «direito mãe» dos direitos fundamentais; (c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de *garantias materiais concretas* necessárias à sua efectivação; (d) o compromisso activo e a participação na criação das condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a *unidade dos direitos* e *deveres* dos cidadãos; (e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre «desabrochar» dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação colectiva dos meios de produção e a gestão colectiva da economia. A concepção socialista apontou com indiscutível rigor as «fraquezas» das «teorias burguesas» dos direitos fundamentais: (1) mistificação das declarações dos direitos quanto ao sentido igualitário dos direitos do homem, principalmente na feição que lhes imprimiu o liberalismo proprietarista; (2) carácter platónico do reconhecimento dos direitos, se não se assegurarem ao indivíduo as condições materiais necessárias à plena efectivação desses direitos, de forma a garantirem-se *liberdades concretas* e *reais.* A concepção socialista pretende ser uma *concepção originária* dos direitos fundamentais que implicaria uma *ruptura* com as concepções liberais; não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, económicos e culturais, só plenamente logrados numa sociedade socialista. Mas o *corte* antropológico que a teoria socialista operou em relação à teoria tradicional dos direitos do homem conduziu às suas deficiências principais: (1) funcionalização extrema dos direitos fundamentais e *minimização de uma irredutível dimensão subjectiva;* (2) *tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais,* económicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas. Estas duas reduções acabaram por explicar o «nihilismo» político, económico, antropológico e ecológico, posto a nu pela «Perestroika».

2. Das teorias à multifuncionalidade dos direitos fundamentais

As teorias acabadas de expor não são um fim em si. Com a sua explanação pretende-se abrir caminho para as interrogações deixadas em aberto: quais as teorias fundamentais eventualmente subjacentes ao regime dos direitos fundamentais da lei constitucional portuguesa e qual a possibilidade de se fazer uma escolha livre dessas teorias. Do

discurso antecedente afigura-se legítima uma primeira ilacção: aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única *dimensão* (subjectiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos direitos fundamentais uma *mul-tifuncionalidade*[36], para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.
Quanto ao problema da escolha livre de uma teoria dos direitos fundamentais, poder-se-ia ser tentado a, caso por caso, mediante uma adaptação *tópica,* procurar a teoria mais adequada à solução concreta. Significaria isto não haver uma *teoria dos direitos fundamentais conforme a constituição (verfassungsgemässe Grundrechtstheorie*[31]*),* mas várias teorias *pré-compreendidas, iluminadoras da compreensão* das normas constitucionais. Aceitar esta conclusão seria não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, como reconhecer a inexistência de um *pressuposto constitucional comum,* vinculativamente operante na interpretação--concretização dos direitos fundamentais. E este *pressuposto constitucional,* comum e ineliminável, tendo em vista o carácter compro-missório da Constituição e a síntese dialéctica por ela operada entre os direitos negativos clássicos e os direitos positivos modernos, dificilmente pode ser reconduzido a esquemas teóricos puros. De resto, apenas auxiliam na busca de uma *compreensão material, constitucio-nalmente adequada,* dos direitos fundamentais. Em suma, torna-se necessária uma *doutrina constitucional dos direitos fundamentais,* construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma *teoria de direitos fundamentais* de carácter exclusivamente teorético[38].

[36] Cfr. Luhmann, *Grundrechte ais Institution,* 1965, p. 80, 134; Wilke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie,* Berlin, 1975; F. OssenbÚhl, «Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgeri-chts», in *NJW,* 1976, pp. 2110 ss.; RA. Rhinow, «Grundrechtstheorie, Grundrechts-politik und Freiheitspolitik», in *Recht ais Prozess und Gefiige, Festschrift fur Hans Hiiber,* Bem, 1981, p. 429, que se pronuncia também sobre a «pluridimensionalidade dos direitos fundamentais».

[37] Cfr. Böckenfórde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» cit., p. 1536. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* cit., p. 32, alude agora a uma «teoria integrativa adequada».

[38] Salientando a autonomia da concepção de direitos fundamentais subjacente ao texto constitucional de 1976 relativamente aos modelos teóricos, cfr. Gomes Cano-tilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III. Defendendo, pelo contrário, a tese da funcionalização dos direitos, liberdades e garantias em virtude da «opção socialista» da constituição cfr. Lucas Pires, *A Teoria da Constituição,* cit..

p. 310. Num sentido próximo do desenvolvido no texto quanto ao papel das «teorias dos direitos fundamentais» cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* vol. IV, p. 48 ss. Cfr. também VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 106; «Direitos e Garantias Fundamentais» in Baptista Coelho, (org.), *Portugal: Sistema Político-Constitucional* p. 696, que pretende «subtrair» os direitos fundamentais ao compromisso global da constituição (seriam um «subsistema autónomo») e reconduzir, ao contrário de LUCAS PIRES, a concepção constitucional a uma «concepção liberal moderna» (p. 689). Mesmo a admitir-se uma aproximação antropológica entre as «teorias sociais democráticas» e as «teorias liberais» continua a existir uma substancial diferença entre o «homem da catalecsia hayekiana» e o «homem situado» do pensamento social democrata e socialista. Cfr. L. FERRY / A. RENAUT, *Philosophie Politique, Des Droits de 1'Homme à 1'idée republicaine,* p. 276 ss.

CAPITULO 6

PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS 2.° — SISTEMA, ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sumário

C) FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I — Os direitos fundamentais como direitos de defesa II — Os direitos fundamentais como direitos a prestações

1. Os direitos fundamentais como direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais
2. Direitos a participação na organização e procedimento de realização

D) DEVERES FUNDAMENTAIS

I —Compreensão

1. Não correspectividade entre direitos e deveres fundamentais
2. Deveres autónomos e deveres conexos com direitos **II —Tipologia**
1. Deveres cívico-políticos e deveres de carácter económico-social
2. «Deveres constitucionais formais» e «deveres constitucionais materiais» III —Estrutura

Indicações bibliográficas

A) SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS IeII

Andrade, J. C. V. — *Os direitos fundamentais,* cit., p. 54 ss.

Canotilho, J. J. G. / Moreira, V. — *Constituição da República Portuguesa,* p. 101 ss.

Miranda, J. — *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 48 ss.

B) ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS I, II, III, IV e V

Alexy, R. — *Theorie der Grundrechte,* 1989. Andrade, J. V. C. — *Os direitos fundamentais,* p. 254 ss. Baldassare — *Diritti Inviolabili,* in *Enciclopédia Giuridica,* vol. XI. Barile, C. — *Diritti delVuomo e liberta fondamentali,* Bologna, 1989.

C) FUNÇÕES I, **II** e **III**

Andrade, J. C. — *Os direitos fundamentais,* p. 59 ss.

Canotilho, J. J. G. — *Direitos fundamentais, procedimento, processo e organização,* Coimbra, 1990.

D) DEVERES FUNDAMENTAIS IeII

Andrade, V. — *Os direitos fundamentais,* p. 150 ss.

Miranda, J. —*Manual,* IV, p. 163 ss.

Canotilho / Moreira — *Constituição da República,* cit., p. 118 ss.

Carbone, L. — / *doveri pubblici individuali nella constituzione,* Milano, 1968.

Lombardi, G. — *Contributo alio studio dei doveri costituzionali,* Milano, 1967.

Luchterhandt, O. — *Grundpflichten ais Verfassungsproblem in Deutschland,* 1988.

Peces Barba, — «Los deberes fundamentales», in *Estado e Direito* 1/88.

A I *O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

I — Classificações doutrinais e históricas

No presente número procura-se uma precisão terminológica. Não se trata de fazer uma tipologia dos direitos fundamentais mas de registar classificações (algumas com valor meramente histórico) sobre os direitos fundamentais.

a) *Direitos do homem e direitos fundamentais*

As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente[1]. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta[2].

b) *Direitos do homem e direitos do cidadão*

Como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.* Daí que se procurasse distinguir entre *direitos do homem e direitos do cidadão: os* primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem

[1] Para uma visão tridimensional dos direitos fundamentais — dimensão jusna-turalista, dimensão universalista e dimensão constitucional — cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* Coimbra, 1983, pp. 3 ss.

[2] Sobre esta dimensão cfr. KRIELE, *Einfuhrung.* cit., p. 150. Por último, entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* vol. IV, p. 49 ss. Veja-se também, desenvolvida-mente, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* vol. III/l, 1988, P- 39 ss, onde se colhem informações recentes (Portugal[76], Espanha[78], Holanda[83], Grécia[75], Turquia[82]) a favor do conceito «direitos fundamentais».

ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade[3]. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *status activus* (na terminologia de G. JELLINEK), entre direito individual e direito político. Vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma sequela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binómio homem — cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica. Isto permitiu a célebre oposição entre *«liberdade dos antigos»* e *«liberdade dos modernos»:* se a liberdade dos antigos consistia, segundo Aristóteles, na participação activa nos negócios públicos, a liberdade dos modernos, na definição de BENJAMIN CONSTANT, teria como escopo *«la sécurité des jouissances privées»[4].* Esta oposição, arvorada em autêntica lei de desenvolvimento da história, dava cobertura política ao regime censitário, baseado, precisamente, na distinção entre *l'homme citoyen e* o homem *tout court[5].* De resto, já anteriormente, KANT *(Doutrina do Direito,* § XLVI) se aproximara do Estado constitucional aristocrático ao distinguir também entre *Staatsbiirger* (cidadãos activos) e cidadãos passivos *(Staatsgenossen).*

c) *Direitos naturais e direitos civis*

Esta distinção aproxima-se da anterior. O Título I da Constituição francesa de 1791 referia-se *ipsis verbis* aos «direitos naturais e civis» que lhe competia garantir. Os *direitos naturais,* como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; os *direitos civis (eives*=cidadão) são os chamados *Civil Rights* da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas.

d) *Direitos civis e liberdades ou direitos políticos*

É uma distinção introduzida dentro da categoria dos direitos civis. Os *direitos civis* são reconhecidos pelo direito positivo a todos

[3] Cfr. BRAUD, *La notion de liberte,* cit., p. 8; T. MAUNZ, *Staatsrecht,* cit., p. 201.

[4] Assim, precisamente, B. CONSTANT, *De la Liberte des Anciens comparée à celle des Modernes,* Paris, 1872, p. 37; P. BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine,* Paris, 1966, 2 vols.

[5] Cfr. G. VLACHOS, «La strueture des droits de 1'homme et le problème de leur réglèmentation en regime pluraliste», in *Revue Internationale de Droit Comparée,* 1972, n.°2, p. 811.

os homens que vivem em sociedade; os segundos — os direitos políticos — só são atribuídos aos *cidadãos activos.* Sieyés formula esta distinção da seguinte maneira: os direitos civis «devem beneficiar todos os indivíduos»; pelo contrário, nem todos têm o direito a tomar parte activa na formação dos poderes públicos, beneficiando de direitos políticos. Tal como já sucedia com a dicotomia entre direitos do homem e do cidadão o artifício da distinção permitirá proclamar o princípio da igualdade, mas, ao mesmo tempo, evitar o sufrágio universal.

A expressão *Direitos Civis e Direitos Políticos dos Cidadãos Portugueses* encontra-se na Carta Constitucional portuguesa de 1826 (art. 145.° e Título VIII). A doutrina da época separava, precisamente, os *direitos políticos ou cívicos* e os *direitos civis* do seguinte modo: (1) os direitos civis exercem-se no domínio de interesses privados, os políticos ou cívicos na esfera dos interesses públicos; (2) estes pertencem só aos cidadãos activos; aqueles a todos os nacionais, podendo até ser comunicados aos estrangeiros. Cfr. Lopes Praça, *Estudos Sobre a Carta Constitucional de 1826,* Coimbra, 1878, Vol. 1, p. 164.

e) *Direitos civis e direitos ou liberdades individuais*

Aqui não há qualquer contraposição: os direitos civis, depois de esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publi-cística francesa como *direitos individuais ou liberdades individuais* ou ainda *liberdades fundamentais.* A designação de direitos individuais reflecte melhor a filosofia individualista da escola liberal e daí a sua escolha em detrimento da fórmula direitos civis.

A fórmula *direitos e garantias individuais* surge na Constituição de 1911 (cfr. Título 11, art. 3.°). Todavia, a expresão direitos individuais é entendida sobretudo no sentido de «direitos públicos individuais», isto é, direitos «concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade». Cfr. Marnoco e Sousa, *Constituição Política da República Portuguesa,* Coimbra, 1913, p. 33; Rocha Saraiva, *Construção Jurídica do Estado,* Coimbra, 1912, p. 80.

i) *Direitos e liberdades públicas*

Como acabámos de ver, os direitos civis, depois de separados dos direitos políticos, passaram a ser designados também por liberdades individuais. No entanto, costuma fazer-se uma outra distinção com base na posição jurídica do cidadão, titular dos direitos, em relação ao Estado. As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de *direitos de liberdade, liberdades autonomia* e *direitos negativos.* Por sua vez, os direitos estariam liga-

dos ou ao *status activus ou* ao *status positivus.* Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como *direitos políticos, direitos do cidadão, liberdades participação* (cfr. arts. 48.° ss). Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexionadas com o *status positivus:* trata-se dos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Daí a sua designação como *direitos positivos ou direitos de prestação,* modernamente conhecidos por *direitos económicos, sociais e culturais* (cfr. arts. 58.° ss).

g) *Direitos e garantias*

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen,* direito de *habeas corpus,* princípio *non bis in idem).*

h) *Direitos fundamentais e direitos de personalidade*

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir»[6], cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-

[6] Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral da Relação Jurídica,* Coimbra, 1970, p. 36. O problema da consagração de um direito geral de personalidade em tese geral e na constituição é hoje discutido. Vide autores citados na nota 7.

-versa. Todavia, como iremos ver, a ordem dos direitos fundamentais não é apenas uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma *ordem objectiva* que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex.: os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade[7].

i) *Direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais*

É uma distinção particularmente importante no plano do direito constitucional positivo e no plano do direito internacional. Quanto ao direito constitucional vigente basta dizer que a estrutura classificatória básica assenta (cfr. *infra)* na distinção entre «Direitos, liberdades e garantias» (Título II) e «Direitos económicos, sociais e culturais» (Título III); relativamente ao direito internacional, o interesse da distinção radica no facto de ela se aproximar da classificação de direitos constante dos dois pactos internacionais das Nações Unidas sobre direitos fundamentais — «direitos pessoais, civis e políticos» (PIDCP) e «direitos económicos, sociais e culturais» (PIDESC)[8].

j) *Direitos fundamentais e garantias institucionais*

É uma distinção clássica da doutrina alemã. As chamadas *garantias institucionais (Einrichtungsgarantien)* compreendiam as garantias jurídico-públicas *(Institutionnelle Garantien) e* as *garantias jurídico--privadas (Institutsgarantie).* Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, *como tais,* têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente como realidades sociais

[7] Cfr. Orlando de Carvalho, Os *direitos do homem no direito civil português,* Coimbra, 1973; Castro Mendes, «Direitos, Liberdades e Garantias», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. 1, 1977, Lisboa, p. 11; por último, amplamente, Rabin-dranath Capelo de Sousa, «A Constituição e os direitos de personalidade», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. 2, Lisboa, 1978, pp. 93 ss; Jorge Miranda, *Manual,* IV, cit., p. 56; D. Leite de Campos, *Os direitos de personalidade,* Coimbra, 1991.

[8] Cfr. Vasak, *As dimensões internacionais,* p. 27 ss.

objectivas e só, *indirectamente,* se expandem para a protecção dos direitos individuais. Todavia, como atrás já foi salientado, o *duplo carácter* atribuído aos direitos fundamentais — individual e institucional — faz com que hoje, por exemplo, o direito de constituir família (art. 36.71) se deva considerar indissociável da protecção da instituição família como tal (art. 67.°). Sob o ponto de vista da protecção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjectivas autónomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias. Exceptuam-se os casos de imbricação das garantias institucionais e das garantias dos direitos fundamentais (por ex., é praticamente indissociável a protecção do direito de liberdade de imprensa da protecção da instituição imprensa livre). A protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do «mínimo essencial» (núcleo essencial) das instituições[9].

II — O sistema do direito constitucional positivo

1. Os direitos, liberdades e garantias

Uma das classificações mais importantes sob o ponto de vista jurídico-constitucional, é a que se refere aos *direitos, liberdades e garantias* (Título II) e à sua sistematização positiva: *direitos, liberdades e garantias pessoais* (Cap. I), *direitos, liberdades e garantias de participação de política* (Cap. II) e *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores* (Cap. III). Esta classificação é relevante sob vários pontos de vista: (1) porque ela não constitui um simples esquema classificatório, antes pressupõe um *regime jurídico-constitucional especial,* materialmente caracterizador (cfr. art. 17.°), desta espécie de direitos fundamentais; (2) porque esta classificação e este regime vão servir de parâmetro material a outros *direitos análogos* dispersos ao

[9] A doutrina das garantias institucionais foi elaborada primeiramente por SCHMITT, *Verfassungslehre,* 1." ed., 1928, e, depois, em *Freiheitsrechte und institutio-nelle Garantien der Reichverfassung,* agora em *Verfassungsrechtliche Aufsätze,* 1958, pp. 140 ss. Cfr. também HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie,* cit., e N. LUHMANN, *Grundrechte ais Institution,* 2.ª ed., Berlin, 1974. Entre nós, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, pp. 68 ss.

longo da Constituição; (3) porque aos preceitos constitucionais consa-gradores de direitos, liberdades e garantias se atribui *uma força vinculante* e uma *densidade aplicativa* («aplicabilidade directa») que apontam para um reforço da «mais-valia» normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, *inclusive* as referentes a outros direitos fundamentais[10].

Não obstante se tratar de uma classificação a vários títulos relevante, nem por isso se torna fácil desvendar os *traços específicos* dos direitos, liberdades e garantias relativamente aos outros direitos. Como critérios tendenciais apontam-se os seguintes.

a) *O critério do «radical subjectivo»*

Os direitos, liberdades e garantias seriam, de acordo com este critério, os direitos com *referência pessoal ao homem individual* («radical subjectivo»). Trata-se de um critério não constitucionalmente adequado, pois é a própria Constituição que inclui, *expressis verbis,* na categoria de direitos, liberdades e garantias, direitos de pessoas colectivas, designadamente direitos de organizações políticas e sociais (arte. 40.°, 54.°, 56.° e 57.°)[u]

b) *O critério da natureza «defensiva» e «negativa»*

Em termos sintéticos, a ideia central deste critério (de resto, ainda relacionado com o anterior) seria a seguinte: direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado, e que têm como objecto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjectiva por eles definida e protegida. Embora os direitos, liberdades e garantias abranjam a generalidade dos clássicos direitos de liberdade, trata-se, de novo, de um critério não constitucionalmente adequado. Por um lado, a constituição qualifica, expressamente, como direitos, liberdades e garantias, direitos positivos a acções ou prestações do Estado (exs.: art. 40.°, relativo ao direito de antena, e art. 35.° referente ao direito à informática). Por outro lado, os destinatários dos direitos, liberdades e garantias não são

[10] Cfr., também, Jorge Miranda, *Manual,* IV, pp. 92 ss.

[11] Este critério parecia estar subjacente em alguns pareceres da extinta Comissão Constitucional. Cfr., por ex., Parecer da Comissão Constitucional n.° 18/78, in *Pareceres,* Vol. VI. Sobre isso cfr. João Caupers, Os *direitos fundamentais,* p. 119 ss.

apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas (exs.: art. 36.73, referente aos direitos dos cônjuges; art. 53.°, relativamente aos direitos dos trabalhadores; art. 57.°, relacionado com o direito de greve). Finalmente, em terceiro lugar, mesmo quando uma das dimensões materiais é a inexistência de agressão ou coacção por parte do Estado, isso não significa que eles não se configurem, igualmente, como direitos à prestação estadual das condições de exercício de liberdade (exs.: o direito à vida, consagrado no art. 24.71, significa não apenas direito a não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de condições de subsistência mínimas).

c) *O critério da determinação ou determinabilidade constitucional do conteúdo*

Uma outra tentativa de caracterização material do conteúdo dos direitos, liberdades e garantias reconduz-se à seguinte matriz[12]: são direitos, liberdades e garantias «aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das opções constitucionais»; não são direitos, liberdades e garantias aqueles que só se tornam «líquidos e certos» no plano da legislação ordinária, isto é, aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado por opções do legislador ordinário[13]. Este critério (ao qual não é alheia uma pré-compreensão reconduzível à ideia de que o conteúdo dos direitos não enquadráveis nos direitos, liberdades e garantias, designadamente dos direitos sociais é, na prática, uma questão de «política legislativa», autonomamente determinada pelo legislador ordinário, sem vinculações materiais relevantes determinadas pela Constituição), depara também com dificuldades, sobretudo no que se refere aos direitos, liberdades e garantias procedimentalmente dependentes (de actos legislativos concretizadores)[14]. Todavia, este critério aponta, de forma correcta, para uma das dimensões materiais constitucionalmente reconhecidas. Se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade directa (o que não significa ser a mediação legislativa desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra

[12] Cfr., por todos, Vieira de Andrade, Os *direitos fundamentais,* cit., p. 189 ss.

[13] Cfr., nestes termos, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 189.

[14] Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* p. 201, nota 27.

a lei. Trata-se, porém, de uma das dimensões materiais dos direitos, liberdades e garantias, e não de um critério único e exclusivo.[14a] [15]

d) Aproximação tendencial aos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias

Os critérios anteriores só tendencialmente nos aproximam dos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias. Perante as dificuldades de selecção de um critério material susceptível de se converter em operador hermenêutico seguro, é dogmaticamente mais avisado procurar as dimensões mais relevantes da categoria constitucional em análise. Para além das dimensões constitucionalmente constitutivas do seu regime jurídico (e que adiante serão estudadas: Parte IV, Padrão II, cap. 3), merecem ser aqui salientadas algumas notas.[16] A primeira é a de que, em geral, as *normas* consagradoras de direitos, liberdades e garantias recortam, logo a nível constitucional, uma *pretensão jurídica individual* (direito subjectivo) a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos. Este traço explica a insistência da doutrina na ideia de *aplicabilidade directa* destas normas (cfr., CRP, art. 18.71) e na ideia de *determinabilidade constitucional* — e não meramente legal — do conteúdo da referida pretensão subjectiva individual. Do mesmo modo, é esta articulação de determinabilidade constitucional e aplicabilidade directa que justifica uma outra nota caracterizadora. Dada a sua radicação subjectiva, os direitos, liberdades e garantias valem como direitos *self executing,* independentemente da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos. As anteriores dimensões jurídico-constitucionais — aplicabilidade directa, determinabilidade constitucional do conteúdo, exequi-bilidade autónoma — apontam para uma *específica estrutura e função*

[14a] Cfr., por último, Vieira de Andrade, *O dever de fundamentação do acto administrativo,* p. 217, onde se explica melhor o sentido de determinação e determinabilidade.

[15] Cfr., por último, Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 106, que acentua ainda mais a necessidade de não se fazer uma «contraposição global extrema» entre direitos, liberdades e garantias, e direitos, económicos, sociais e culturais, que acarreta o nsco de «desvalorização destes últimos».

[16] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III, 4.1 e 4.2.

dos direitos, liberdades e garantias. Trata-se de direitos cuja referência primária é a sua *função de defesa,* auto-impondo-se como "direitos negativos" directamente conformadores de um espaço subjectivo de distanciação e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados. Nesta medida, ficam fora da categoria de direitos, liberdades e garantias, os direitos fundamentais que consistam, e na medida em que consistam exclusivamente, em *prestações do Estado,* por serem fundamentalmente constituídos a nível político-legislativo.
Os anteriores traços caracterizadores justificam ainda algumas explicações complementares. A primeira destas explicações relaciona-se com o significado da *função de defesa* como elemento caracterizador dos direitos em referência. Basta existir um direito subjectivo determinado constitucionalmente, com a consequente imposição aos destinatários passivos de um dever de abstenção (proibição de agressão), para, *prima fade,* podermos falar de direitos, liberdades e garantias. Isso não significa que, para além desta dimensão negativa, não possa existir também uma dimensão positiva, eventualmente conducente ao reconhecimento de *direitos a prestações.* Assim, por exemplo, o direito à vida (CRP, art. 24.°) é um direito subjectivo de defesa, cuja determinabilidade jurídico-constitucional não oferece dúvidas, pois reconhece-se, logo a nível normativo-constitucional, o direito de o indivíduo afirmar, sem mais, o direito de viver, com os correspondentes deveres jurídicos dos poderes públicos e dos outros indivíduos de não agredirem o "bem da vida" ("dever de abstenção"). Isto não exclui a possibilidade de neste direito coexistir uma dimensão protectiva, ou seja, uma pretensão jurídica à protecção, através do Estado, do direito à vida (dever de protecção jurídica) que obrigará este, por ex., à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária. Todavia, o traço caracterizador do direito à vida é o primeiro — direito de defesa — e é esse traço caracterizador que, *prima fade,* justifica o enquadramento deste direito no catálogo de direitos, liberdades e garantias. Pelo contrário, o "direito à escola", ("o direito à universidade", "o direito aos graus mais elevados de ensino") não é um direito, liberdade e garantia, pois trata-se de um direito necessariamente dependente de *prestações* ("criação de universidades", criação de "institutos superiores"), não podendo o respectivo titular, a partir da norma constitucional, retirar um direito subjectivo *self executing.*
A segunda nota consiste em realçar a Inexistência de uma conexão necessária entre uma pretensão jurídica autónoma e a *justidabilidade* dessa mesma pretensão. Em termos tendenciais, pode dizer-se que urn

índice relativamente seguro para aquilatar da existência de um direito subjectivo, reconhecedor de pretensões jurídicas directamente actuáveis com base na norma constitucional, é a possibilidade de o titular activo poder recorrer aos tribunais para accionar judicialmente — em caso de necessidade — a satisfação dessas pretensões jurídicas contra os respectivos destinatários passivos. Ninguém contesta, por exemplo, que o *direito de liberdade* legítima qualquer cidadão a recorrer aos tribunais quando ele for alvo de ordem de prisão ilegítima (cf. CRP, art. 31.° referente ao *Habeas Corpus).* Embora a justiciabilidade seja uma dimensão importante da radicação subjectiva de um direito, seria constitucionalmente empobrecedora a caracterização de um direito como direito de liberdade e garantia a partir da sua indissociabilidade com a dimensão de justiciabilidade. Basta um exemplo para verificarmos os perigos de tal ideia. O direito de asilo é um direito que, *prima fade,* se traduz no direito de um cidadão ameaçado em procurar "refúgio" num outro Estado, mas isso não implica que este cidadão possa e deva recorrer aos tribunais. Recorrer aos tribunais do Estado da sua nacionalidade ("o Estado perseguidor") é quase um "non sense" e recorrer aos tribunais do Estado asilante pressuporia a eliminação de uma tendencial discricionariedade política na concessão do direito de asilo.

2. Direitos económicos, sociais e culturais

Outra relevantíssima classificação do direito constitucional positivo é a do Título III: *direitos económicos, sociais e culturais,* distribuídos por três capítulos dedicados respectivamente aos *direitos e deveres económicos* (Cap. I, arts. 58.° a 62.°), aos *direitos e deveres sociais* (Cap. II, arts. 63.° a 72.°) e aos *direitos e deveres culturais* (Cap. III, arts. 72.° a 79.°). Não se trata de uma classificação contraposta à dos direitos, liberdades e garantias. São apenas direitos diferentes destes, sujeitos ao *regime geral* dos direitos fundamentais, mas não beneficiando do *regime especial* dos direitos, liberdades e garantias (a não ser que constituam direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias). Muitos destes direitos consistem em direitos a prestações ou actividades do Estado, mas na categoria de direitos económicos, sociais e culturais a Constituição inclui alguns direitos de natureza negativo-defensiva (exs.: arts. 61.° e 62.° relativos aos direitos de iniciativa privada e o direito de propriedade privada). Por °utro lado, o destinatário de alguns destes direitos não é apenas o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos (cfr. arts. 60.°, 68.°

e 69.°). Em terceiro lugar, do facto de a Constituição ter feito um esforço sistematizador, tornando mais extenso e completo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, não está excluído que alguns dos direitos económicos, sociais e culturais, possam ser configurados como direitos de «natureza análoga» aos direitos, liberdades e garantias.

3. Direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais sem assento constitucional

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, *direitos fundamentais formalmente constitucionais,* porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional)[17]. A Constituição admite (cfr. art. 16.°), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados *direitos materialmente fundamentais.* Por outro lado, trata-se de uma «norma *defattispecie* aberta», de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de «direitos» que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao *princípio da não identificação* ou da *cláusula aberta.* Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais.* A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais[18]. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16.°/1 «alarga-se» ou «abre-se» a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu[19], a uma certa categoria deles — os direitos, liberdades e garantias.

O reconhecimento de direitos materialmente fundamentais remonta, na nossa história constitucional, à Constituição de 1911. Aqui se considerava (art. 4.°), na senda da Constituição brasileira de 1891, que a especificação das

[17] Cfr. as indicações de JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 153 ss.

[18] Nestes termos, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III.

[19] Cfr. HENRIQUE MOTA, cit., p. 199, que «fecha» a abertura, dizendo que «o objecto do princípio da lista aberta, do ponto de vista constitucional, são os direitos, liberdades e garantias». Cfr., porém, no entendimento que se nos afigura jurídico--constitucionalmente correcto, JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 152 ss.

garantias e direitos expressos na Constituição não excluía outras garantias e direitos não enumerados mas que «constam de outras leis».
Os problemas suscitados por direitos fundamentais não expressamente positivados em normas constitucionais foram logo detectados pela doutrina mais representativa. «As garantias que constam de outras leis — escrevia Marnoco e Sousa — são garantias ordinárias, mas não constitucionais. De duas uma: ou as garantias que constam de outras leis constituem matéria constitucional, mas nesse caso cai-se no absurdo de considerar como constitucionais garantias estabelecidas pelas leis ordinárias, tornando-se difícil a reforma dessas leis, ou tais garantias não constituem matéria constitucional e nesse caso não se pode explicar a referência que este artigo lhes faz, pois a constituição deve ocupar-se unicamente das garantias constitucionais». Cfr. Marnoco e Sousa, *Constituição Política da República Portuguesa,* Coimbra, 1913, p. 205).

4. Direitos fundamentais dispersos

O amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados *direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo.* Alguns destes direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (exs.: arts. 106.73, 127.71, 217.°, 246.72, 268.72, 3,4 e 5, 269.73, 271.73 e 276.77); outros aproximam-se dos direitos sociais (ex.: arts. 102.°).

5. Direitos de «natureza análoga» aos direitos, liberdades e garantias

O art. 17.° menciona uma categoria de direitos — *os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias* — cujos contornos não são fáceis de determinar. A qualificação ou não de um direito como direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias possui, porém, um relevantíssimo alcance, pois, em caso afirmativo, esses direitos gozam de um regime constitucional particularmente cuidadoso — o *regime dos direitos, liberdades e garantias.* Como pontos de partida devem considerar-se:

(1) os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico ao destes;

(2) os direitos de natureza análoga tanto podem encontrar-se entre os direitos económicos, sociais e culturais (Título II) como entre

os restantes direitos fundamentais dispersos ao longo da constituição. Por sua vez, as operações metódicas conducentes à captação da «natureza análoga» devem tomar em consideração o esquema que consta do quadro junto.

DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DE «NATUREZA ANÁLOGA»

Pessoais

De participação política

Dos trabalhadores

Direitos=*status positivas* *Direito* pessoal de na- Direito de participa- Direito de n. a. dos e *status activus* — direi- tureza análoga (n. a.) ção política de n. a. trabalhadores tos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida política

Liberdades=*status nega-tivus* — defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos

Garantias=*status activus processualis* — garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos

Liberdade pessoal de n.a.

Liberdade de participação política de n.a.

Liberdade de n.a. dos trabalhadores

Garantia pessoal de Garantia de parti- Garantia de n.a. dos n.a. cipação política de trabalhadores n.a.

Como se vê no quadro, em cada caso concreto, a tarefa de densi-ficação metódica deve procurar a analogia relativamente: (1) a cada uma das categorias (direitos, liberdades e garantias) e não em relação ao conjunto dos direitos, liberdades e garantias); (2) a cada uma das espécies sistematizadas na constituição (direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal; direitos, liberdades ou garantia de participação política; direitos, liberdades ou garantias dos trabalhadores)[20].

6. Direitos formal e materialmente constitucionais e direitos só formalmente constitucionais

Da distinção anteriormente referida — direitos fundamentais formalmente constitucionais, isto é, os direitos expressamente consa-

[20] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 142 ss, onde se pode ver uma extensa lista de «direitos análogos». Alguns dos seus exemplos de direitos análogos merecem-nos reticências.

[.grados na constituição formal, e direitos fundamentais constantes das [1] leis, mas não formalmente normados na constituição —, deve distinguir-se uma outra: a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e material e direitos fundamentais em sentido meramente formal. Trata-se de uma problemática já discutida atrás a propósito da qualificação das normas constitucionais (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 3). No âmbito dos direitos fundamentais, a distinção reconduz-se ao seguinte: há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente constitucionais). A base da distinção deve procurar-se, segundo uma persistente tradição doutrinal, na «subjectividade pessoal», no «radical subjectivo», caracterizador dos *direitos fundamentais materiais.* Direitos fundamentais materiais seriam, nesta perspectiva, os direitos subjectivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal. No plano jurídico-constitucional, trata-se de uma distinção dificilmente compatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrado. Por um lado, e não obstante a dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, a Constituição qualificou ambas as categorias de direitos como direitos fundamentais (cfr. Título 1). Em segundo lugar, e como resulta da própria sistematização dos direitos, liberdades e garantias, em direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos, liberdades e garantias de participação política e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, a *base antropológica* dos direitos fundamentais não é apenas o «homem individual», mas também o homem inserido em relações sócio-políticas e sócio-económicas e em grupos de vária natureza, com funções sociais diferenciadas[21]. Veremos melhor este problema nas páginas seguintes dedicadas à estrutura dos direitos fundamentais. (Cfr. *infra,* IV, 3).

Uma tentativa de distinção entre direitos constitucionais materiais e direitos só formalmente constitucionais foi feita, entre nós, por VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais,* pp. 78 ss e 89 ss, que, partindo de uma

[21] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* p. 112; JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais,* p. 119 ss.

pré-compreensão típica do subjectivismo axiológico e de um individualismo metodológico próximo das teorias atomísticas da sociedade, expulsa do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um «radical subjectivo», isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. Em primeiro lugar, debate-se com sérios embaraços perante a consagração expressa de direitos fundamentais das pessoas colectivas (art. 12.°/2), vendo-se obrigado a afirmar que mesmo os direitos das pessoas colectivas são «direitos individuais ainda que colectivizados» (p. 179). Em segundo lugar, contra as disposições inequívocas da lei constitucional garantidoras de direitos fundamentais a associações e organizações, como as organizações sindicais e comissões de trabalhadores (arts. 54.° e 56.°), o autor, em nome da pureza da «ideia-princípio da dignidade da pessoa humana», rebaixa estes direitos, sem qualquer base constitucional, a simples poderes concedidos a certas entidades com o objectivo de concretizar opções de organização económico-social» (p. 92). Finalmente, a distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais, tal como é proposta pelo autor, não tem quaisquer resultados práticos, pois a constituição consagrou, com o mesmo título e a mesma dignidade, ambos os tipos de direitos. Trata-se, pois, de uma distinção ideológica. Neste sentido, cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* p. 113. Num sentido próximo do defendido no texto cfr. Mortati, *Principi Fondamentali,* in C. Barbera (org.), *Commentario delia Costituzione,* Roma, 1982, p. 119.; N. Bobbio, «Liberta fondamentali e formazioni sociali», in *Pol. Dir.,* 1975, p. 435. Por último, cfr. a posição matizada de Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 76, e Vaz Patto, *A vinculação de entidades públicas,* p. 486.

B I *A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

O sistema jurídico positivo de direitos fundamentais encobre uma *estrutura complexa* de normas. Para se obter alguma clarificação sobre esta matéria partiremos de algumas distinções importantes, começando pelos *tipos básicos de posições normativas.*

I — Normas garantidoras de direitos subjectivos e normas impositivas de deveres objectivos

1. Normas consagradoras de um direito subjectivo

Diz-se que uma norma garante um *direito subjectivo* quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o «direito» a um deter-

minado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito. Assim, por ex., quando a Constituição consagra, no art. 24.°, o direito à vida, poder-se-á dizer que:

(1) o indivíduo tem o *direito* perante o Estado a não ser morto por este («proibição da pena de morte legal»); o Estado tem a *obrigação* de se abster de atentar contra a vida do indivíduo;

(2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar actos (activos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém[22].

2. Normas consagradoras de um dever objectivo

Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.

Assim, por exemplo, o art. 63.°/2 do CRP, ao estabelecer que «incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado», cria um *dever objectivo* do Estado, mas não garante um direito subjectivo. Neste sentido se alude a *normas de direitos fundamentais objectivas.*

II — Regras e princípios 1. **Regras**

A distinção feita atrás (cfr. Parte II, Cap. 2) entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais. *Regras* — insista-se neste ponto — são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção *(direito definitivo)*[23].

Tomemos, como exemplo, o art. 25.°/2, segundo o qual «ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes

[22] Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* cit., p. 171; GOMES CANOTILHO, «Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais», separata dos *Estudos em homenagem ao Professor Ferrer Correia,* Vol. I, Coimbra, 1988; K. STERN, *Handbuch des Staatsrechts,* III/l, p. 558.

[23] Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* cit., p. 91.

ou desumanos». Trata-se de uma *regra consagradora de um direito definitivo:* o indivíduo *tem direito,* sempre e sem excepção, à integridade moral e física; por consequência, *proibe-se,* sempre e sem qualquer excepção, a prática da tortura, de tratos ou a sujeição a penas cruéis, degradantes ou desumanas (cfr. também art. 19.°/7 que confirma a natureza *definitiva* deste direito).

2. Princípios

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada»; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fáctica ou jurídica.

Assim, por ex., quando no art. 47.° da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão «salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade», deparamos já com uma dimensão principal: a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fácticas ou jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a «não possibilidade», em virtude da sua deficiência física, de acesso ao curso de medicina).

III — Dimensão subjectiva e dimensão objectiva

O exemplo acabado de referir demonstra a inexistência de paralelismo entre regra-dimensão subjectiva e princípio-dimensão objectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais. Quer as normas garantidoras de direitos subjectivos quer as normas impo-sitivas de obrigações objectivas ao Estado podem ter a natureza de princípio. Assim, a norma garantidora da liberdade de escolha de profissão garante, *prima facie,* um direito subjectivo, mas as restrições impostas pelo interesse colectivo e as inerentes à capacidade fazem dela também um princípio (na medida do possível, deve assegurar-se o direito à liberdade de escolha de profissão). Noutros casos, existem normas definidoras de princípios exclusivamente objectivos (ex. art. 38.°/4: norma consagradora do princípio objectivo da liberdade e

independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e económico.)
Consequentemente, quando se fala em dimensão objectiva e dimensão subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais pretende-se salientar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjectivos fundamentais (dimensão subjectiva) e a existência de princípios e regras meramente objectivos (dimensão objectiva).

IV — Fundamentação subjectiva e fundamentação objectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais

1. Fundamentação subjectiva

Com esta ideia de fundamentação subjectiva procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo,* para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por ex., quando se consagra, no art. 37.71 da CRP, o «direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio», verificar-se-á um fundamento *subjectivo* ou *individual* se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias.

2. Fundamentação objectiva

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta «fundamentação objectiva» que se pretende salientar quando se assinala à «liberdade de expressão» uma «função objectiva», um «valor geral», uma «dimensão objectiva» para a vida comunitária («liberdade institucional»).

3. Presunção da dimensão subjectiva

A epígrafe deste capítulo — «estruturas subjectivas» — aponta para uma *presunção a favor da dimensão subjectiva*[24] dos direitos fundamentais. Esta tese — a da subjectivação dos direitos fundamentais — considera, por conseguinte, que os direitos são, em primeira linha, direitos individuais. Daqui resulta um segundo corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de *direito subjectivo.*

Mesmo quando, como é o caso da Constituição Portuguesa, se reconhece às formações sociais (partidos, comissões de trabalhadores, sindicados) direitos fundamentais, estes direitos servem, *prima facie,* para a defesa dos interesses dos trabalhadores (cfr. CRP, art. 54.°/l, 56.°/l) e não, principalmente, como garantia da ordem objectiva ou de bens colectivos. Note-se, porém, que esta última dimensão está mais fortemente explicitada na Constituição Portuguesa do que noutras constituições. Convém explicar porquê.

A «tese do individualismo», ao exigir que os direitos fundamentais sejam, *prima facie,* garantidos como direitos subjectivos, tem a vantagem de apontar para o dever objectivo de o Estado conformar a organização, procedimento e processo de efectivação dos direitos fundamentais, de modo a que o indivíduo possa exigir algo de outrém e este tenha o dever jurídico de satisfazer esse algo. Todavia, os direitos fundamentais são também reconhecidos como direitos do homem, seja como indivíduo, seja como membro de formações sociais onde desenvolve a sua personalidade. O fundamento para esta valorização das formações sociais não radica tanto na existência de uma «dimensão objectiva» de direitos fundamentais como na ideia de não coincidência entre *pessoa* e *indivíduo.* A pessoa é uma «unidade interactiva», centro de referência de relações sociais, emancipada do domínio (BALDASSARE), e daí que a «sua auto--determinação e desenvolvimento» se obtenha também através do reconhecimento de direitos fundamentais a certas formações sociais onde ela se insere. Por vezes, poderá existir uma relação de tensão entre estas duas dimensões, ou seja, entre um direito como direito do indivíduo e um direito da pessoa na sua qualidade de «unidade interactiva» inserida em formações sociais[25], mas a CRP parece

[24] Cfr., por ex., ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 452; «Grundrechte ais subjektive Rechte und ais objektive Normen», in *Der Staat,* 29 (1990), p. 49 ss.

[25] Cfr., em termos coincidentes, BALDASSARE, *Diritti Inviolabili,* cit., p. 16.

,

apontar, ainda neste caso, para o princípio da prevalência do carácter subjectivo individual (exs. arts. *55.°/2/b,* onde se consagra a «liberdade negativa» de associação sindical; 41.71, a liberdade de consciência e de religião sobrepõe-se aos «direitos das igrejas»). Esta relação de tensão é, de resto, compatível com a *natureza principiai* dos direitos fundamentais, o que permitirá «juízos de ponderação» *(Abwãgung)* entre os direitos em conflito, a aplicação dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, e, em casos extremos, uma ponderação conducente a soluções diferentes das que resultariam da simples aplicação do princípio da concordância prática (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 3.°), tendo em conta as condições fácticas e jurídicas existentes no caso concreto[2e>].

V — Os direitos fundamentais como direitos subjectivos

1. Normas e posições

Consulte-se o texto da Constituição e leia-se o art. 27.71. Temos aí a formulação de uma «norma universal»: «Todos têm direito à liberdade e à segurança». Esta norma universal garante também um direito subjectivo, constituindo *posições e relações individuais.*

Com efeito, a norma universal garante o seguinte: o indivíduo *a* tem direito à liberdade e à segurança perante o Estado e os outros indivíduos. Estas posições e relações constitutivas dos direitos subjectivos são muito diferenciados e se quisermos compreender o sistema estrutural das posições jurídicas fundamentais é necessária a iluminação de algumas destas posições.

2. Direitos a actos negativos

Os direitos fundamentais são garantidos como direitos a actos negativos *(Abwehrrechte)* numa tripla perspectiva: (1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos (ex. art. 37.72: direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensa-

[26] Sugerindo esta ideia, cfr. a obra fundamental, muitas vezes citada, de ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 146. Cfr. também, E. Rossi, *Le Formazioni Sociali nella Costituzione Italiana,* Padova, 1989, p. 156 ss. Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual, IV,* p. 78.

mento, sem qualquer impedimento ou limitação por parte dos entes públicos); (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjectivas (ex. art. 34.74: é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações); (3) direito à não eliminação de posições jurídicas (ex. art. 62.71 — direito à não eliminação da propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte).

3. Direitos a acções positivas

Muitas normas da constituição consagram direitos dos indivíduos a acções positivas do Estado, quer reconhecendo o direito a uma *acção positiva de natureza fáctica* (ex.: art. 63.°: direito a prestações facticas inerentes ao direito à segurança social) quer garantindo o direito a um *acto positivo de natureza normativa* (ex.: direito à protecção do direito à vida através de normas penais, emanadas do Estado). Muitas vezes, designam-se os direitos referidos em primeiro lugar como *direitos a prestações facticas (Leistungsrechte im engere Sinne),* e os direitos referidos em segundo lugar como direitos *a prestações normativas (Leistungsrechte im weitere Sinne).*

4. Liberdade / liberdades

Uma outra posição jurídica fundamental é expressa pela categoria jurídico-dogmática de *liberdades.* Tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado (a liberdade seria um *Abwehrrecht)*[27], o conceito de «liberdades» permanece ainda bastante obscuro na doutrina. Proporemos como pontos iluminadores os seguintes.

4.1 *Liberdade*

Liberdade, no sentido de *direito de liberdade* (CRP, art. 27.71), «significa direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou

[27] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III.

seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar»[28]. Trata-se da liberdade pessoal.

4.2 *Liberdades*

As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a acções negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que, distinguindo-se entre «direitos, liberdades e garantias», tem de haver algum traço específico, típico das posições subjectivas identificadas como *liberdades.* Esse traço específico é o da *alternativa de comportamentos,* ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre «viver ou morrer»). A *componente negativa* das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex. ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão)[29].

5. Competencias (poder jurídico, direito de conformação)

Uma outra posição jurídica, cujos contornos doutrinais ainda não estão inteiramente definidos, consiste na possibilidade de o indivíduo praticar determinados actos jurídicos e, consequentemente, alterar, através desses actos, determinadas posições jurídicas[30]. O exercício de competencias pode estar em íntima conexão com o próprio exercício de direitos fundamentais. Assim, o direito de contrair casa-

[28] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* p. 198.

[29] Cfr. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* III/l, p. 628; ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 208. Diferentemente, VIEIRA DE ANDRADE, «Direitos e Garantias Fundamentais», cit., p. 692, entende que a tríade «direitos, liberdades e garantias» pode ser encarada como um «nome colectivo».

[30] Cfr. K. STERN, *Staatsrecht,* III/l, p. 573 ss., que lhe chama *«Bewirkungsrecht»;* ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 215, que prefere o termo *«Kompetenz».*

mento pressupõe a competência para praticar os actos jurídicos tendentes à sua celebração bem como à sua dissolução por divórcio (CRP, art. 36.°); o direito de associação engloba a «competência» para fundar associações, para as transformar e para as extinguir. Por vezes, a limitação do exercício de competências é um elemento básico para a protecção do direito fundamental (ex.: CRP, art. 53.°, a limitação da «competência» da entidade patronal para praticar despedimentos justifica-se em nome do direito à segurança no emprego). Noutros casos, a limitação de competências suscita o problema da salvaguarda do núcleo essencial de um direito (ex. CRP, art. 62.°: a limitação ou eliminação da «competência» para edificar em solo próprio —*jus aedificandi* —, a restrição de certas actividades agrícolas por motivos ecológicos, são limitações de «competências» para praticar actos inerentes a posições jurídicas fundamentais).

Importante é ainda observar o efeito dinâmico de uma competência no exercício das «liberdades»: enquanto uma liberdade, como se disse, se caracteriza por um momento negativo inerente às alternativas de comportamentos, a garantia de competências contribui para a criação de alternativas activas (ex. CRP, art. 38.72/a: competências para constituir «conselhos de redacções» a fim de dinamizar a liberdade de imprensa).

As considerações do texto devem ser articuladas com os ensinamentos da dogmática civilística sobre a *capacidade de gozo de direitos* (e seus limites) e sobre as *faculdades jurídicas primárias* e *secundárias.* Cfr., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil* (polia)[30"], 1981, p. 91; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil,* 3.ª ed., p. 168.

Além desta articulação com a dogmática civilística, as ideias relativas a «competências» e «direitos de conformação» devem ter em conta a problemática teórica dos direitos fundamentais como «feixes» ou «complexos» de posições jurídicas, definitivas e de *prima fade,* que, no seu conjunto e nas suas articulações, formam o direito fundamental como um todo. Cfr., precisamente, ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* cit., pp. 224 ss, que sugere a ideia *(Grundre-cht ais Ganzes)* acabada de referir.

[3Oa] Merece particular ponderação a ideia de ORLANDO DE CARVALHO acerca do conceito de faculdades jurídicas primárias como um *prius* dos direitos subjectivos. Cf. obra citada pp. 91 ss.

C I *FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

I — Os direitos fundamentais como direitos de defesa

A anterior análise da estrutura dos direitos fundamentais cone-xiona-se, obviamente, com a sua função. Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Assim, por ex., o art. 37.° da CRP garante subjectivamente: (a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura (cfr. art. 37.72).

II — Os direitos fundamentais como direitos de prestações

1. Os direitos fundamentais como direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais

1.1. *Direitos derivados a prestações*

Os poderes públicos têm uma significativa «quota» de responsabilidade no desempenho de tarefas económicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc. A medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais

dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Dasei-nsvorsorge),* resulta, de forma imediata, para os cidadãos:
—o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos);
— o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez).
Com base nestes pressupostos, alude a doutrina a *direitos derivados a prestações (derivative Teilhaberechte)* traduzidos no direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais segundo a medida das capacidades existentes. Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de «guarda de flanco» (J. P. MÚLLER) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles beneficiam da natureza de direitos justiciáveis, permitindo aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização e de radicação subjectiva já adquirida pelos direitos fundamentais. Neste sentido se fala também de *cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou* de *retrocesso social* (ex.: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente «retornando sobre os seus passos»; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador revogar este direito). Cfr. Parte IV, Cap. 3/C.

A doutrina aqui defendida mereceu aplauso jurisprudencial no Acórdão do TC n.° 39/84 (DR, 1, 5-5-1984) que declarou inconstitucional o DL n.° 254/82 que revogara grande parte da L n.° 56/79, de 15/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde. Nesta importante decisão escreveu-se de forma incisiva e paradigmática: «a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social». No mesmo sentido cfr., no plano doutrinal, J. PAUL MÚLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung,* Basel, 1981, p. 186; K. HESSE, «Bedeutung der Grundrechte», in BENDA/MAIHOFFER/VOGEL,

Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, 1983, p. 98, J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* Vol. 11, p. 670; GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente* e *Vinculação do Legislador,* p. 374; G. ZAGREBELSKY, «Object et portée de la protection des droits fundamentaux. Cour Constitutionnelle ita-lienne», in L. FAVOREU (org.), *Cours Constitutionnelles européennes. Droits Fondamentaux,* Paris, 1982, p. 325. Em sentido contrário, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa,* Coimbra, 1983, p. 309; «Direitos e garantias fundamentais», in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal. O Sistema Político e Constitucional,* p. 685 ss, e os votos de vencido do citado Acórdão do TC n.° 39/84.

1.2. *O direito originário a prestações*

Afirma-se a existência de *direitos originários* a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?

Estes exemplos apontam para o problema fundamental dos direitos originários a prestações: a garantia da protecção jurídica pressupõe uma actuação positiva dos órgãos dos poderes públicos, o que leva uma significativa parte da doutrina a negar a sua configuração como verdadeiros direitos. Na Constituição portuguesa, é indiscutível a sua caracterização como direitos fundamentais, dotados de dignidade semelhante à dos clássicos direitos, liberdades e garantias.

Saliente-se, porém: a expressa consagração constitucional de direitos económicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um *'modus' de normativizacão uniforme,* ou seja, uma estrutura jurídica homogénea para todos os direitos. Alguns direitos económicos, culturais e sociais são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, igualdade no trabalho); outros são *direitos a prestações* dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos. O facto de estes direitos estarem dependentes da acção do Estado e apresentarem um inequívoco défice de exequi-bilidade e justicialidade, leva os autores a falarem de *aporia* dos

direitos fundamentais, económicos e sociais [31], e a reconduzir a problemática dos direitos sociais para o campo da «política social», ao mesmo tempo que se reduz o princípio da democracia económica, social e cultural a uma simples *linha de direcção da actividade estadual.* Este não é, contudo, o entendimento constitucional.

1.2.1. *Os direitos económicos, sociais e culturais como «pretensões» originárias dos cidadãos*

A normativização expressa de direitos sociais, económicos e culturais na Constituição de 1976 significa o reconhecimento do princípio da democracia económica, social e cultural não apenas como *princípio objectivo,* conformador de medidas estaduais, mas também como princípio fundamentador de *pretensões subjectivas.* O reconhecimento e garantia de direitos económicos, sociais e culturais, a nível constitucional, é, pois, uma resposta à tese da impossibilidade de «codificação de valores sociais fundamentais» *(Soziale Grundrechte)* na Constituição [32] e à tese do princípio da democracia social como *simples linha da actividade do Estado.* Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um *«Standard* mínimo de vida» ou de afirmar tão-somente uma dimensão subjectiva quanto a *direitos a prestações de natureza derivativa (derivative Teilhaberechte),* isto é, os direitos sociais que radicam em garantias já existentes (ex.: direito à reforma, ao subsídio de desemprego, à previdência social)[33]. Trata-se de sublinhar que o *status* social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino, — *ori-ginàre Leistungsansprúchen.*

1.2.2. *Relevância jurídica*

O entendimento dos direitos sociais, económicos e culturais como *direitos originários* implica, como já foi salientado, uma

[31] Cfr., por ex., Badura, «Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der BRD», in *Der Staat,* 1975, p. 24.

[32] Cfr., por todos, Jôrg P. Múller, «Soziale Grundrechte in der Verfassung?», in *Zeitschrifit Schweizerisches Recht,* n.° 92 (1973), pp. 697 ss.

[33] Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* cit., pp. 200 ss, e, por último, E. W. Bõckenfõrde, «Die sozialen Grundrechte», in BôckenförDE/ /Jekewitz/Ramm (org.), *Soziale Grundrechte von der burgerlichen zur sozialen Rechtsordnung,* Heidelberg/Karlsruhe, 1981, Vol 2, pp. 13 ss.

mudança na *função* dos direitos fundamentais e põe com acuidade o *problema da sua efectivação.* Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma «reserva possível», para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos «recursos económicos», a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples «apelo» ao legislador. Existe uma verdadeira *imposição constitucional,* legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cfr. arts. 2.°, *9.°/d,* 80.°, 81.°). Embora os direitos sociais, económicos e culturais estejam dependentes de uma reserva de medida legislativa (a *Massgabevorbe-halt* de HÀBERLE), e sejam considerados como *leges imperfectae* (MARTENS), eles possuem relevante significado jurídico como direitos subjectivos. Por um lado, as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas (por ex., no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social deve seguir-se a interpretação mais extensiva possível). Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a *incons-titucionalidade por omissão* (art. 283.°), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida [34] (cfr. *supra,* Parte III, Cap. 1, B, III, 6, e *infra,* H, II).

1.2.3. *Modelos de positivação constitucional dos direitos a prestações*[35]

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional apontam-se principalmente quatro possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais, económicos e culturais. (I) As normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais são, segundo alguns autores, *normas programáticas.* As constituições condensam, nestas normas programáticas, princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social (cfr. art. 9.°). A relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes. Todavia, sob o ponto de vista jurídico, a introdução de

[34] Cfr. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976,* p. 346; Gomes Canotilho/ /Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa. Anotada,* p. 114.

[35] Cfr. Schneider, «Peculiaridad y Funcion de los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», *mREP,* 1979, n.° 7, p. 30.

direitos sociais nas vestes de *programas constitucionais, teria também* algum relevo. Por um lado, *através* das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores, dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização [36]. (II) *Os direitos sociais como normas de organização* é outro dos instrumentos jurídicos para a estatuição de direitos sociais. As normas constitucionais organizatórias atributivas de competência imporiam ao legislador a realização de certos direitos sociais. Ao impor constitucionalmente a certos órgãos a emanação de medidas tendentes à prossecução do bem-estar do povo, à sua segurança económica e social, abrir-se-ia o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais. Mas, tal como no caso das normas programáticas, à não actuação dos órgãos competentes para a concretização destas imposições não se ligam quaisquer sanções jurídicas, mas apenas efeitos políticos. (III) Os *direitos fundamentais como garantias institucionais* é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, económicos e políticos (exs.: medidas protectoras da família, saúde pública, administração local). Não se trata, porém, ainda, do reconhecimento de direitos subjectivos, embora as garantias institucionais sejam elementos importantes da interpretação da lei e da Constituição no âmbito dos direitos sociais. (IV) Os direitos sociais como *direitos subjectivos públicos* é a quarta possibilidade de positivação. Há uma grande diferença entre situar os direitos sociais, económicos e culturais num nível constitucional e com uma *dimensão subjectiva,* e considerá-los como simples imposições constitucionais, donde derivariam *direitos reflexos* para os cidadãos.

2. Direitos a participação na organização e procedimento de realização

Uma dimensão profundamente renovadora das concepções dos direitos fundamentais exprime-se naquilo que HÀBERLE designou como *status activus processualis.*

A ideia conexiona-se, de resto, com outras concepções políticas que agitaram a Europa sobretudo a partir da época de 60. A exigência da «democratização da democracia», a defesa dos direitos de participação dos cidadãos nas organizações para assegurar a transparência democrática, a relevância do «procedimento» *(Verfahren)* como instrumento de «legitimação», a dinamização das leis fundamentais através da «processualização da Constituição»,

[36] Sobre este alcance das normas programático-sociais cfr. TOMANDL, *Der Einbau soziale Grundrechte in das positive Recht,* Tubingen, 1967, p. 24; BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechte,* Tubingen, 1971, p. 7; ScHAMBECK, *Grundrechte,* cit., pp. 95 ss.

foram encarados pela doutrina tradicional como «slogans», «aleluias» ou «folclores», sem dignidade jurídica e como representando um perigo para a liberdade: *«mehr Freiheit»* e não *«mehr Demokratie»* (H. SCHELSKY). Ressalvando algumas facetas anarquicamente dissolventes, a democratização da democracia exprime também o sentimento da irredutibilidade da «democracia como forma de vida» à chamada «sociedade pluralista organizada» Os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos: daí a exigência de participação no controlo das «hierárquicas, opacas e antidemocráticas empresas»; daí a exigência de participação nas estruturas de gestão dos estabelecimentos de ensino; daí a exigência de participação na imprensa e nos meios de comunicação social. Através do *direito de participação* garantir-se-ia o direito ao trabalho, a liberdade de ensino, a liberdade de imprensa. Quer dizer: certos direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão — *«durch Mitbestimmung mehr Freiheit»* (através da participação maior liberdade). As objecções a esta *dimensão processual participativa* são numerosas: (a) elas inserem-se na vaga de crítica ao pluralismo, depois de se ter assistido a uma «euforia pluralista»; (b) a quota-parte partici-patória no domínio da organização conduz não a uma legitimação democrática, mas a um corporativismo decisório; (c) através da participação pretendeu-se fazer a «longa marcha» através das instituições; (d) é uma degenerescência inaceitável transformar os direitos fundamentais em modelo de ordenação organizatória.

Encontram-se alguns exemplos de democracia participativa na CRP: direito de participação dos jornalistas na orientação ideológica dos órgãos de informação (art. 38.72); intervenção das comissões de trabalhadores na gestão das empresas e na elaboração da legislação de trabalho (art. 55.°); participação das associações sindicais na elaboração da legislação do trabalho (art. 57.72-a); gestão das instituições de segurança social e controlo de execução dos planos económico--sociais (art. 57.°); participação popular na organização e promoção cultural (art 73.73)[36a].

D I *DEVERES FUNDAMENTAIS* I — Compreensão **1. Não correspectividade entre direitos e deveres fundamentais**

A ideia de deveres fundamentais é susceptível de ser entendida como o «outro lado» dos direitos fundamentais. Como ao titular de

[36a] Sobre a dimensão participativa, cfr. *infra,* concretização dos direitos fundamentais através do procedimento, processo e organização.

um direito fundamental corresponde um dever por parte de um outro titular, poder-se-ia dizer que o particular está vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental [37]. Neste sentido, um direito fundamental, enquanto protegido, pressuporia um dever correspondente.
Esta perspectiva deve afastar-se. Como iremos ver, os direitos, liberdades e garantias vinculam também entidades privadas (art. 18.71), mas com isso apenas se pretende afirmar a existência de uma eficácia (directa ou mediata) destes direitos na ordem jurídica privada; não se estabelece a correspectividade estrita entre direitos fundamentais e deveres fundamentais. O carácter não relacional entre direitos e deveres resulta ainda da compreensão não funcionalistica (cfr. *supra)* dos direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa.

2. Deveres autónomos e deveres conexos com direitos

As considerações anteriores não afastam a possibilidade da existência de *deveres conexos com direitos fundamentais.* É o que acontece, por ex., com o dever cívico de voto relacionado com o direito de voto (art. 49.72), o dever de trabalhar, correlacionado com o direito ao trabalho (art. 58.72), com o dever de educação dos filhos correspondente ao direito de educação dos pais (art. 36.75), o dever de defesa e promoção da saúde associado ao direito à protecção da saúde (art. 64.71), o dever de defesa do ambiente (art. 66.71) relacionado com o direito ao ambiente, o dever de escolaridade básica associado ao direito ao ensino (art. 74.73/a) e o dever de defesa do património relacionado com o direito à fruição e criação cultural (art. 78.71).
Todavia, ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais, existem também *deveres autónomos* (exs.: art. 106.°, dever de pagar impostos; art. 116.72 e 4, dever de recenseamento e dever de colaborar na administração eleitoral; art. 276.°, dever de defesa da pátria, do serviço militar e do serviço cívico; art. 89.72, dever de exploração da terra).

[37] Cfr. por último, GÕTZ / HOFMANN, *Grundpflichten ais Verfassungsrechtliche Dimension,* in *WDSTRL* 41, (1983), p. 7, 42 ss; BETHGE, "Die Verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten», in JA, 1985, p. 249 ss.; STOBER, «Grundpflichten versus Grundrechte?», in *Rechtstheorie,* 1984, p. 39 ss. Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, cit., p. 70 ss, 161 ss. Cfr. também PECES BARBA, «LOS deberes fundamentales», in *Estado e Direito,* 1/88, p. 9 ss.

II — Tipologia

1. Deveres cívico-políticos e deveres de carácter económico-social

Embora não exista uma divisão categorial semelhante à dos direitos, liberdades e garantias / direitos económicos, sociais e culturais, é possível detectar deveres primordialmente *cívico-políticos* (dever de defesa da pátria, dever de voto), e deveres de *carácter económico, social e cultural* (dever de trabalhar, dever de defender a saúde, dever de defesa do património) [38]. Estes deveres constitucionalmente positivados em normas constitucionais são "deveres jurídicos (= "deveres de natureza jurídica)", embora a Constituição ao aludir a dever cívico (ex.: direito de voto) queira claramente excluir a ideia de sanção geralmente associada às normas deônticas. Cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2.

2. «Deveres constitucionais formais» e «deveres constitucionais materiais»

A constituição não fornece qualquer abertura, ao contrário do que sucede em relação aos direitos (art. 16.71), para a existência de *deveres fundamentais extraconstitucionais.* Em princípio, não existe uma *cláusula aberta* para a admissibilidade de deveres materialmente fundamentais, [38a] mas, também aqui, se podem admitir *deveres legais fundamentais* (dever de registo, dever de colaborar na administração da justiça). No entanto, como a criação *ex lege* de deveres fundamentais implica, muitas vezes, uma restrição da esfera jurídica dos cidadãos, impõe-se um regime particularmente cauteloso semelhante ao das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (cfr. *infra)*[39].

A aplicação aos deveres legalmente constituídos do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não equivale à equiparação dos *deveres* a *restrições* legais de direitos e, muito menos, a "limites imanentes" dos mesmos direitos.[40] Os deveres fundamentais

[38] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* p. 107. Para outras classificações cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 163.

[38a] Cfr. Lavagna, *Basiper uno studio,* p. 15; Lombardi, *Contributo,* p. 29 ss.

[39] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* p. 119; Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 165.

[40] Assim, por ex., Barile, / *soggetto privato nella costituzione italiana,* Padova, 1953.

reconduzem-se a *normas jurídico-constitucionais autónomas* que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos. Mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos — dever de prestação de serviço militar, dever de pagar impostos, dever de defesa do ambiente, dever de educação dos filhos — não se pode dizer que estes deveres constituem "restrições" ou "limites imanentes" dos direitos com ele conexos. O dever de defesa do ambiente não é uma "restrição do direito ao ambiente", o dever de educação dos filhos não é um "limite imanente" do direito de educação dos pais.

III — Estrutura

Os "deveres fundamentais", ou melhor, as normas da constituição que consagram deveres fundamentais, só excepcionalmente têm a natureza e estrutura de "direito directamente aplicável". Ressalvando, porventura, alguns deveres "directamente exigíveis" (JORGE MIRANDA) [41] como, por ex., o dever de educação dos filhos (cfr. CRP, art. 36.73 e 5), a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma *inter-positio* legislativa necessária para a criação de esquemas organi-zatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres. As normas consagradoras de deveres fundamentais reconduzem-se, pois, à categoria de normas desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional, e, por isso, carecem de mediação legislativa. Não se trata, propriamente, de normas programáticas de deveres fundamentais" no velho sentido oitocentista ("declarações", "programas") [42] como pretende certa doutrina, mas tão só e apenas de normas constitucionais carecidas de concretização legislativa.

[41] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* Vol. IV, p. 162.

[42] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito de Trabalho,* Coimbra, 1991, p. 148, e, segundo parece, JORGE MIRANDA, *Manual,* Vol. IV, p. 165. Repare-se que mesmo o dever de trabalhar pode estar relacionado com a institucionalização do direito ao trabalho e subsídio de desemprego, não sendo uma "declaração constitucional".

CAPÍTULO 7

PADRÃO II - AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS 3.° - REGIME GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sumário

Indicações bibliográficas

A) **REGIME GERAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGIME ESPECÍFICO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS**

ANDRADE, J. C. V. — *Os direitos fundamentais,* p. 184 ss. CANOTILHO / MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. **III.** MIRANDA, J. — *Manual,* IV, p. 137 ss.

NABAIS, J. — *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional português,* Coimbra, 1990.

B) REGIME GERAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

I — Obras citadas em A e ainda:

BLECKMANN, A, — *Staatsrecht* II. *Die Grundrechte,* p. 67 ss. STERN, K. — *Staatsrecht,* 111/1, p. 1026 ss.

CERRI, A. — *L'Eguaglianza nella Giurisprudenza delia Corte Costituzionale,* Milano, 1976.

CANO MATA, A. — *El principio de igualdade en la doctrina dei Tribunal Constitucional,* Madrid, 1983.

RUBIO LLORENTE, F. — "La igualdad en la Jurisprudência dei Tribunal Constitucional. Introducción", in Rev. Esp. Der. Const., 31 (1991), p. 9 ss.

A I *REGIME GERAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGIME ESPECÍFICO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS*

1. Regime/regimes

A Constituição — desde o texto originário de 1976 até ao texto resultante da Lei n.° 1/89 (2.ª Revisão), passando pelo texto da I.ª Revisão (Lei n.° 1/82) —, não consagrou uma disciplina jurídico-constitu-cional unitária dos direitos fundamentais, antes estabeleceu:

(1) *um regime geral dos direitos fundamentais,* que é um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como «direitos, liberdades e garantias» ou como «direitos económicos, sociais e culturais», e quer se encontrem no «catálogo dos direitos fundamentais» ou fora desse catálogo, dispersos pela Constituição;

(2) *um regime específico dos direitos, liberdades e garantias,* ou seja, uma disciplina jurídica da natureza particular, consagrada nas normas constitucionais, e aplicável, em via de princípio, aos «direitos, liberdades e garantias» e aos direitos de «natureza análoga».

A relação entre «regime geral» e «regime especial» não é, porém, uma relação de exclusão ou de separação, não existindo dois regimes distintos para dois grupos diversos de direitos fundamentais. O que existe é um *regime geral* (a todos aplicável) e um *regime especial* (próprio dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga) que se acrescenta àquele'. A Constituição não se refere a qualquer regime particular dos direitos económicos, sociais e culturais, embora possam existir certas dimensões (dimensão impositiva,

[1] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* p. 120.

dimensão prestacional) mais típicas deste grupo de direitos[2]. Por outro lado, não está excluída a existência de regras e princípios consagrados na constituição e especificamente respeitantes a certas «categorias de direitos» (cfr., por exemplo, o artigo 19.°/6 da CRP, onde se individualizam «direitos, liberdades e garantias» com um regime «específico» em situações de estado de sítio ou estado de emergência)[3].

2. Significado jurídico

O significado de um regime de direitos «qualificado» ou de «garantias reforçadas» - o regime dos direitos, liberdades e garantias - não é o de reduzir o «regime geral» a uma disciplina jurídica mais frouxa ou com menos dignidade (basta pensar em alguns dos seus princípios estruturantes, como o princípio da universalidade e o princípio da igualdade), mas o de estabelecer um regime que exprima a natureza desses direitos - na sua concreta expressão constitucional positiva - como elementos estruturantes do Estado de direito democrático (de *Bauelemente* fala a este respeito a doutrina alemã).

B I *O REGIME GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

I — Âmbito da titularidade de direitos fundamentais.

1.0 princípio da universalidade

O processo de fundamentalização, constitucionalização e positi-vação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o

[2] Preferimos mais falar em «dimensões» do que em «regras específicas», como faz JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 137, pois algumas das dimensões específicas dos direitos económicos, sociais e culturais que este autor assinala não são regras jurídicas (exemplo: dependência da realidade constitucional, conexão com tarefas e incumbências).

[3] Cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 146, onde se alude a uma «ordem decrescente de consistência e protecção jurídica dos direitos fundamentais». A ideia de «ordem decrescente» merece-nos reservas, porque pode sugerir a existência de um diferente «grau ou valor» quando, na realidade, se trata de regime jurídico «qualificado», aliado, de resto, à natureza específica dos direitos.

homem, como centro da titularidade de direitos. A delimitação do âmbito dessa titularidade levanta alguns problemas (1) - todos os indivíduos terão os direitos reconhecidos pelas normas de direitos fundamentais, ou serão apenas os cidadãos portugueses os únicos dotados de «subjectividade jurídica» para lhes ser atribuída a titularidade de direitos fundamentais?; (2) - só as «pessoas naturais» têm direitos ou a titularidade estende-se também a «substratos sociais» (organizações, associações, pessoas colectivas)?; (3) - quando começa e acaba a titularidade de direitos fundamentais?

O princípio geral — princípio da universalidade — está consagrado no artigo 12.°: os direitos fundamentais são «direitos de todos», são direitos humanos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a constituição ou lei (com autorização constitucional) estabeleça uma «reserva dos direitos» para os «nacionais» ou cidadãos portugueses. Há, porém, alguns desvios a este princípio.

2. Direitos de cidadãos portugueses, direitos de cidadãos de países de língua portuguesa e direitos de estrangeiros e apátridas

Três «círculos subjectivos» podem ser detectados nas normas consagradoras de direitos fundamentais: (1) o primeiro círculo é formado pelos direitos fundamentais exclusivamente pertencentes aos cidadãos portugueses (CRP, artigos 15.°/2/3, 124.71, 275.72): os direitos políticos, o exercício de funções públicas que não tenham carácter meramente técnico, e outros direitos reservados pela Constituição ou pela lei aos cidadãos portugueses; (2) um segundo círculo é constituído pelos direitos que pertencem aos cidadãos portugueses mas que podem ser alargados a cidadãos de países de língua portuguesa (artigo 15.73); (3) o último círculo é constituído pelos «direitos de todos», extensivos a estrangeiros e apátridas [4].

A 2.ª revisão (Lei n.° 1/89) alargou a titularidade de alguns direitos políticos mesmo a estrangeiros residentes em território nacional (artigo 15.74: direito de sufrágio a nível local). O «alargamento» ou «restrição» de direitos fundamentais de estrangeiros pressupõe uma certa medida de «discricionaridade» do legislador constituinte, ou, me-

[4] O regime jurídico-constitucional dos «estrangeiros» tem sofrido oscilações nas constituições portuguesas. Cfr., por exemplo, JORGE MIRANDA, *Manual,* III, p. 133.

diante autorização da constituição, do legislador ordinário [5]. Todavia, também aqui se coloca uma «teoria de limites» do poder constituinte ou dos poderes constituídos constitucionalmente competentes quanto à exclusão de direitos de estrangeiros[6]. Em via de princípio, os cidadãos estrangeiros não podem ser privados: (1) de direitos, liberdade e garantias que, mesmo em regime de excepção constitucional — estado de sítio e estado de emergência —, não podem ser suspensos (cfr. CRP, artigo 19.°/6); (2) de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga estritamente relacionados com o desenvolvimento da personalidade humana (exemplos: artigo 36.°/1 e 2 direito de constituir e contrair casamento e direito à manutenção e educação dos filhos; artigo 42.° — direito à criação intelectual, artística e científica; artigo 26.° — direito à reserva da vida privada e familiar). De resto, este «núcleo essencial» não prejudica a sua complementação através da concretização ou desenvolvimento judicial dos direitos fundamentais [7]. A orientação aqui proposta corresponde ao significado profundo da «positivação-constitucionalização» dos direitos do homem: a ideia dos «direitos do homem» não proibe que o legislador constituinte conforme os «seus direitos fundamentais» através da sua «constituição», mas a *supraconstitucionalidade autoreferencial* dos direitos do homem «proibe» a aniquilação dos direitos de outros homens — os estrangeiros ou apátridas —, designadamente quando essa «aniquilação» equivale à violação dos «limites últimos da justiça» [8]. Acresce que a distinção entre «direitos dos portugueses» e «direitos de todos» pressupõe sempre uma *justificação* ou *fundamento material,* não devendo esquecer-se o relevo dos *standards mínimos* fixados pelo direito internacional relativamente à determinação deste fundamento material [9]. No direito constitucional português esta fundamentação substantiva resulta clara-

[5] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* p. 157.

[6] Cfr. as recentes imposições da Constituição brasileira de 1988 (artigos 176.71 e 178.72) sobre a exploração e aproveitamento de jazidas e propriedade e comando de navios.

[7] Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* p. 184; Jorge Miranda, *Manual,* III, p. 136.

[8] Cfr., por último, K. Stern, *Staatsrecht,* 111/1, p. 1026.

[9] Cfr., por exemplo, R. Geiger, *Grundgesetz und Võlkerrecht,* 1985, p. 111 ss-No texto alude-se à *Doutrina Calvo.* Cfr., por todos, Eibe Riedel, *Theorie der Men-schenrechtstandard,* Berlin, 1986. Entre nós, cfr. J. Manuel Pureza, "A universalidade dos direitos do homem face aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos . Separata de *Documentação e Direito Comparado,* Lisboa, 1991.
!

mente do artigo 16.°/2 [10]. É, seguramente, a inexistência de qualquer fundamento material justificador da discriminação que explica a extensão de certos direitos a prestações a cidadãos estrangeiros (cfr. CRP, artigo 59.71) e coloca problemas à admissibilidade de regimes diferenciados no campo dos impostos e dos direitos sociais (ex.: discriminação de estrangeiros quanto ao regime de rendas de casa). Estes problemas obrigam, como se deduz da anterior argumentação, a uma cuidadosa articulação dos princípios da universalidade e da igualdade (artigo 13.°) e a uma apreciação tópica dos vários casos problemáticos (cfr. Ac TC 54/87).

Os direitos dos estrangeiros só podem ser definidos através de lei (cfr. artigo 168.7b). Nestes termos, consideram-se inteiramente justas as considerações do Parecer da CC n.° 36/79, in *Pareceres,* Vol. 10.°, conducentes a duas conclusões fundamentais: (1) o exercício de funções públicas, sem carácter predominantemente técnico, está sempre vedado a estrangeiros, não podendo um ministro autorizar que eles as desempenhem; (2) o exercício de funções públicas meramente técnicas deve ser definido por lei, não tendo a administração a possibilidade de qualquer valoração própria ou de definição de critérios em tal matéria. Cfr., também Jorge Miranda, *O regime dos direitos, liberdades e garantias,* p. 58.

A CRP também não faz distinção entre «cidadãos de origem» e «cidadãos naturalizados», sendo inconstitucional qualquer restrição de direitos dos «portugueses não originários» que não tenha fundamento na Constituição (cfr., por exemplo, artigo 125.°), que reconhece capacidade eleitoral passiva para Presidente da República apenas aos «portugueses de origem»). A Comissão Constitucional, no Parecer n.° 30/79, in *Pareceres,* Vol. 10.°, entendeu, e bem, que a filosofia universalista que inspira muitos preceitos da Constituição (artigos 12.°, 13.°, 15.71 e 48.74), impõe como regra o princípio da equiparação entre portugueses de origem e portugueses naturalizados. Ressalvam-se, como é óbvio, as excepções constitucionalmente estabelecidas (cfr. artigo 125.°) ou constitucionalmente autorizadas.

3. Direitos fundamentais de cidadãos portugueses residentes no estrangeiro

Os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro gozam dos direitos «que não sejam incompatíveis com a ausência do país» (CRP, Migo 14.°). A determinação dos direitos incompatíveis com a ausência do país só pode fazer-se caso a caso, atendendo ao estatuto constitucional de cada um dos direitos fundamentais.

' Cfr., por todos, Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 147 ss.

4. Direitos fundamentais de pessoas colectivas
Nos termos do artigo 12.72 «as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza».
O enunciado semântico do artigo 12.72 aponta claramente para o relevo jurídico de três conceitos: *pessoas colectivas, direitos fundamentais, compatibilidade com a sua natureza.* O conceito de direitos fundamentais já foi explicado atrás. Resta esclarecer os outros dois.
4.1. *Pessoas* ***de direito privado***
O conceito de *pessoas colectivas* abrange, sem dúvida, as entidades organizatórias susceptíveis de capacidade jurídica geral, mas não está excluída a extensão da capacidade a outras entidades dotadas apenas de *subjectividade jurídica parcial* ". Fala-se aqui de um *alargamento teleológico* do artigo 12.72, pretendendo-se com isto dizer que o âmbito de protecção da norma inclui como candidatos positivos pessoas colectivas sem personalidade jurídica (cfr., por ex., art. 45.° referente a comissões de trabalhadores, e art. 265.° relativo a comissões de moradores). O conceito de *natureza de pessoas colectivas* pretende responder a duas questões: *que direitos* (que categoria) e que *pessoas colectivas* estão incluídas entre os «candidatos positivos» insinuados pelo artigo 12.72.
Ao reconhecer-se «às pessoas colectivas direitos compatíveis com a sua natureza» pretende-se não apenas que se tenha em conta a «essência» do direito fundamental concreto, mas também a «essência» da pessoa colectiva em causa (pessoa colectiva dotada de personalidade jurídica, pessoa colectiva sem personalidade jurídica, pessoa colectiva de substrato pessoal como as associações, ou de substrato patrimonial como as fundações, pessoa colectiva de direito público ou pessoa colectiva de direito privado).
Por pessoas colectivas entendem-se aqui diferentes «unidades organizatórias»: pessoas colectivas nacionais e estrangeiras e pessoas colectivas de direito privado e de direito público (associações, fundações). A extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas

[11] Cfr., por exemplo, MAUNZ / DÜRIG, *Kommentar,* anotação 29 ao artigo 19.°/IH; BETHGE, *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach art. 19, arts. 3 Grundgesetz,* 1985, p. 32. Parecendo restringir a titularidade de direitos fundamentais apenas às primeiras, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 224. Num sentido também mais restritivo cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa,* 3." ed., Anot. III ao art. 12.°

colectivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são «direitos do homem», podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de «carne e osso».

Determinar quais os direitos e deveres «compatíveis com a natureza» das pessoas colectivas depende do conceito e do âmbito normativo específico do direito fundamental. Os direitos postuladores de uma *referência humana* afastam a titularidade de pessoas colectivas: direito à vida (artigo 24.°), direito de constituir família e de celebrar casamento (artigo 36.°), liberdade de consciência (artigo 41.°). Em fórmula sintética e aproximada: as pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham *características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais* (cfr., também, artigo 160.° do Código Civil).

As pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais como a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião a liberdade de profissão, devendo no entanto neste âmbito de direitos fundamentais extensivos às pessoas colectivas verificar-se, caso a caso, se o domínio da norma é aplicável às pessoas jurídicas. Assim, por exemplo, se parece irrecusável a extensão da titularidade da liberdade de imprensa às pessoas colectivas (artigo 38.72/a), já é discutível se a liberdade interna pode ter como titulares outras pessoas para além dos jornalistas e dos colaboradores literários (artigo *3$.°/2/a).* Do mesmo modo, se as igrejas podem reivindicar liberdade de religião e de culto (artigo 41.°), já o mesmo não é possível dizer-se quanto à liberdade de consciência (artigo 41.°)[12].

4.2. *Pessoas colectivas de direito público*

A titularidade de direitos por parte de pessoas colectivas de direito público tem sido muito discutida na doutrina. A tese negativa baseia-se, fundamentalmente, em dois argumentos: (1) os direitos fundamentais arrancam da ideia de uma esfera de liberdade perante os poderes públicos, não sendo concebível gozarem as corporações, instituições ou fundações de direito público da titularidade de direitos fun-

[12] Relativamente à problemática da titularidade de direitos das pessoas colectivas, cfr., entre nós, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* p. 175 ss; NUNO E SOUSA, *A liberdade de Imprensa,* Coimbra, 1984, p. 77 ss; GOMES CANOTILHO / / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* anotação ao artigo 12.°; JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, P- 223. No plano jurisprudencial, cfr. Ac TC 198/85, DR II, 15/2/86.

damentais no exercício de tarefas públicas (argumento da natureza dos direitos fundamentais); (2) é incompatível considerar o Estado (as suas corporações, instituições ou fundações) como destinatário dos direitos fundamentais, e, simultaneamente, como titular dos mesmos direitos fundamentais (argumento da «identidade» ou da «confusão»). No caso de lesão de «direitos» de uma corporação pública por parte de outra entidade pública estaríamos perante conflitos de competências e não perante lesões de direitos fundamentais de pessoas colectivas públicas.

A negação da capacidade de direitos fundamentais às pessoas colectivas de direito público não pode acolher-se em todas as suas dimensões. Embora não se dê grande valia ao argumento literal, o artigo 12.°/2 não distingue entre pessoas colectivas de direito público e de direito privado, sendo apenas relevante saber se o direito fundamental em questão é ou não compatível com a natureza da pessoa colectiva. Por outro lado, a «natureza» dos direitos fundamentais não é, na Constituição de 1976, puramente individualista, prosseguindo certas pessoas colectivas de direito público interesses protegidos por direitos fundamentais específicos. Além disso, estas mesmas pessoas podem encontrar-se em «típicas situações de sujeição» e não numa posição de «proeminência» ou de «poder». Assim, as universidades gozam consti-tucionalmente de autonomia científica, pedagógica, administrativa e financeira (artigo 76.°/2), sendo aceitável mas trata-se apenas de uma posição de aceitabilidade — conceber esta autonomia como um direito fundamental e não como uma mera garantia institucional. O mesmo se diga quanto a certas pessoas colectivas territoriais (autarquias locais) no que respeita ao direito de autonomia perante o Estado (artigo 277.°/l) e a certas corporações públicas (exemplo: de radiodifusão) e, eventualmente a outras pessoas públicas como as «igrejas» e as «ordens religiosas» [13].

A doutrina adversa à titularidade de direitos fundamentais das pessoas colectivas de direito público admite, no entanto, que estas gozam de alguns *direitos processuais fundamentais,* como o direito do juiz legal (artigo 32.°/7) e o direito de ser ouvido. [14]

[13] Aludindo a esta «tríade de excepção» — igrejas e corporações religiosas, universidades e corporações de radiodifusão — como exemplos de pessoas colectivas de direito público titulares de direitos fundamentais, cfr., por último, STERN, *Staats-recht,* III/l, p. 1151, com referência à jurisprudência constitucional alemã e tendo em conta as especificidades do ordenamento alemão; PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte, Staatsrecht,* II, 3.ª ed., 1987, p. 46.

[14] Cfr., entre nós, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* p. 180 ss, NUNO E SOUSA, *A liberdade de Imprensa,* p. 235. Cfr., por último, BLECKMANN, *StaatsrechtII — Die Grundrechte,* 3,ªed., 1989, p. 119.

5. Direitos fundamentais colectivos

Tal como certos direitos fundamentais pressupõem uma referência humana não sendo susceptíveis de gozo e exercício por parte de pessoas colectivas, também existem na constituição direitos fundamentais cuja titularidade pertence às pessoas colectivas como tais, e não aos seus membros individualmente considerados. Existem na Constituição várias refracções desta ideia: o direito de antena (art. 40.°) pertence aos partidos políticos e às organizações sindicais e profissionais; o exercício do controlo de gestão pertence às comissões de trabalhadores (art. *54°l5lb);* a participação na legislação de trabalho é um direito das comissões de trabalhadores (art. *54. 151 d)* e das associações sindicais (artigo *56.°/2/a);* o direito à contratação colectiva é reservado às associações sindicais (art. 56.°/3). Trata-se dos chamados *direitos fundamentais colectivos,* isto é, direitos colectivos das organizações, cujo escopo directo é a tutela de formações sociais, garantidoras de espaços de liberdade e de participação no seio da sociedade plural e conflitual[15].

6. Titularidade e capacidade de direitos

Em anteriores edições deste curso, distinguiu-se entre *titularidade* de direitos e *capacidade* de direitos para resolver alguns problemas práticos como; por ex., o da idade mínima para o exercício de alguns direitos o do conflito de direitos e deveres (exemplo: direitos dos pais em relação aos filhos). A distinção era decalcada do direito privado onde se distingue entre *capacidade jurídica,* isto é, aptidão para ser sujeito de relações jurídicas (cfr. Código Civil, artigo 67.°), e *capacidade de exercício,* ou seja, idoneidade para o exercício concreto de um direito. Aqui, a distinção tem razão de ser porque é admissível a disjunção entre titularidade de direito e capacidade concreta para o seu exercício (exemplo: um recém-nascido pode ser qualificado como herdeiro ou proprietário de bens — titularidade de direitos —, mas não tem capacidade de exercício para os alienar, onerar).

No âmbito dos direitos fundamentais já é problemática a disjunção entre titularidade de direitos e capacidade de direitos, não só porque não tem grande sentido reconhecer direitos fundamentais insus-

[15] Contra, sem qualquer base constitucional, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direi-tos fundamentais,* p. 177 e 180, que reduz estes direitos a simples «competências». Sobre esta noção de «competência» cfr. *supra,* Cap. 6/V, 5.

ceptíveis de ser exercidos (exemplo: como conceber o direito de reunião e manifestação para quem ainda não sabe mover-se, comunicar e agir?), mas também porque essa disjunção pode ser um expediente para se restringirem inconstitucionalmente direitos fundamentais, a pretexto de a restrição incidir apenas sobre a capacidade de exercício e não sobre a titularidade de direito.

Para a resolução de alguns problemas práticos referem-se tópicos gerais de orientação. Em todos os direitos fundamentais que não impliquem exigência de conhecimento ou tomadas de decisão (exemplo: direito à vida e integridade pessoal, direito à liberdade) o exercício dos direitos fundamentais não está vinculado a qualquer limite de idade, pois a capacidade de exercício inclui aqui e pressupõe mesmo a capacidade de direitos. A titularidade de direitos fundamentais condicionada pela maioridade ou pela emancipação nos termos do direito civil deve articular-se com a regulamentação da lei civil (exemplo: o exercício do direito de constituir família e de contrair casamento, nos termos do artigo 36.°/l, está dependente da idade mínima exigida pela lei civil — artigo 1601.7a do Código Civil — onde se fixa a idade mínima de 16 anos). A solução anterior á aplicável aos casos de conexão dos direitos fundamentais com situações típicas ligadas a determinada idade (exemplo: o direito à objecção de consciência quanto à prestação de serviço militar armado — artigos 41.76 e *216° IA* — liga-se à idade relevante para serviço militar). Finalmente, para além destes tópicos gerais, deve reconhecer-se não estar o direito constitucional em condições de fornecer uma fundamentação global da capacidade de exercício de direitos relativamente ao problema do limite da idade mínima (HESSE) [16].

II — O princípio da igualdade

1. Igualdade na aplicação do direito e igualdade na criação do direito

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade. O enunciado semântico do

[16] Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 221. Sobre este problema cfr., por último, P. STANZIONE, *Capacita e minore nella problemática delia persona umana,* Napoli, 1975; SOELL, *Die Geltung der Grundrechte fur Minderjährige,* Berlin, 1984; PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte, Staatsrecht,* II, p. 39; K. STERN, *Staatsrecht,* IU71-p. 1065.

artigo 13.° — o princípio da igualdade — condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo, cujos traços mais importantes são os seguintes.

1.1. *Igualdade na aplicação do direito*

A afirmação — «todos os cidadãos são iguais perante a lei» — significava, tradicionalmente, a *exigência de igualdade na aplicação do direito.* Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia ANSCHUTZ: «as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas» [17]. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais (cfr. Ac TC 142/85).

1.2. *Igualdade quanto à criação do direito*

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. Mas o que significa «criação de direito igual»? A aproximação a este difícil problema pode fazer-se da seguinte forma.

a) *Criação de direito igual (= princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal)*

O princípio da igualdade é aqui um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de «raça negra» devem ser tratados «igualmente» em «escolas» separadas das dos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória. Daí a sugestiva formulação de CASTANHEIRA NEVES: «a igualdade perante a

[17] Cfr. K. HESSE, *Grundziige,* p. 167.

lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não fôr acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei» is_ Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples *princípio de prevalência da lei* em face da jurisdição e da administração [19]. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isto não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correcto. Realça-se apenas o seu carácter tendencialmente tautológico, «uma vez que o cerne do problema permanece irresol-vido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais» [20]. Assim, por exemplo, uma lei fiscal impositiva da mesma *taxa* de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar.

b) *Criação de direito igual = exigência de igualdade material através da lei.*

Intui-se, com facilidade, não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no artigo 13.°/1 da CRP o princípio da igualdade. Exige-se uma igualdade material, devendo tratar-se por «igual o que é igual e desigualmente o que é desigual». Todavia, nesta fórmula avulta também já a ideia de igualdade material se reconduzir sempre a uma *igualdade relacional,* pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b ,* tendo em conta determinadas características. Um exemplo extraído da jurisprudência portuguesa: o indivíduo *a* (casado) é igual ao indivíduo *b* (solteiro) quanto ao acesso ao serviço militar na Marinha, desde que reuna as condições de admissão legal e regulamentarmente exigidas (carac-

[18] Cfr. Castanheira Neves, *O Instituto dos «Assentos»,* p. 166.

[19] Cfr. já o nosso livro *Constituição Dirigente,* p. 381. Por último, cfr. Maria da Glória Ferreira Pinto, «Princípio da igualdade — Fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido?», in *BMJ,* n.° 398 (1987), p. 7; Jorge Miranda, «Igualdade», in *Polis,* III, p. 404; J. Martins Claro, «Princípio da igualdade», in Jorge Miranda (org.), *Nos dez anos da Constituição,* 1987, p. 33.

[20] Assim, precisamente, Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional,* 1988, p. 166. Cfr. também, Carmen Antunes Rocha, *O princípio constitucional da igualdade,* 1990, p. 37 ss.; Celso Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade,* S. Paulo, 1978.

(terísticas C_h C_2 e C3). (Cfr. Ac TC 336/86 e, mais recentemente, Acs. ! TC 186/91 e 400/91).

c) *Igualdade justa: a igualdade pressupõe um juízo e um critério de valoração.*

A fórmula «o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente» não contêm o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?

Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente *{proibição do arbítrio)* tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objectivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Sobre o sentido do princípio da igualdade sob as vestes de proibição do arbítrio na jurisprudência constitucional portuguesa cfr., por exemplo, Ac. TC 44/84, DR, II Série, de 22/5; Ac. TC 186/90, DR, II Série, de 12/9; Ac. 187/90, DR, II Série, de 12/9; Ac. TC 188/90, DR, II Série, de 12/9.

Afirma-se, por exemplo, no Ac. 39/88: «O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. *Proíbe,* isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas como são as indicadas exemplificativamente no n.° 2 do artigo 13.°».

Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um «fundamento razoável» implica, de novo, o problema da *qualificação* desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um *problema de valoração.*

Neste sentido parece-nos correcta a recente evolução da jurisprudência do TC ao afirmar que «a teoria da proibição do arbítrio» não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, antes expressa e limita a competência do controlo judicial. Trata-se de um critério de controlabilidade judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou da discricionaridade legislativa. A proibição do arbítrio constitui um critério essencialmente negativo, com base no qual são consagrados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio significa uma autolimitação do juiz, o qual não controla os juizos da oportunidade política da lei, isto é, se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa».

Note-se, porém, que o princípio da proibição do arbítrio não se reduz, como poderá intuir-se desta sentença do TC, a um simples princípio da controlabilidade judicial do princípio da igualdade, pois o arbítrio é, como logo notou LEIBHOLZ *(Die Gleichheit vor dem Gesetz,* p. 76), a «forma mais extrema da injustiça». O que ele não resolve são os problemas de «desigualdade» (ou igualdade) que não se reconduzam a uma solução arbitrária. Cfr. CASALTA NABAIS «Les Droits Fondamentaux dans la Jurisprudence du Tribunal Consti-tutionnel», in *La Justice Constitutionnelle au Portugal,* p. 246.

A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação bem como a necessidade de encontrar «elementos de comparação» subjacentes ao carácter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do «arbítrio» como fundamento adequado de «valoração» e de «comparação»; (2) a imprescindibilidade da análise da «natureza», do «peso», dos «fundamentos» ou «motivos» justificadores de soluções diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas «defensiva» ou «negativa».

A ideia da superação do princípio da igualdade como «princípio negativo» é independente da questão de natureza da actividade desenvolvida pelo Tribunal Constitucional ao controlar a violação ou não do princípio da igualdade. Ao contrário do que parece sugerir CASALTA NABAIS, «Les Droits Fondamentaux dans la Jurisprudence du Tribunal Constitutionnel», cit, p. 258, seguindo algumas indicações da jurisprudência constitucional, o princípio da igualdade não é, estruturalmente, apenas um princípio negativo. A equiparação «direito de igualdade» a direito, liberdade e garantia *{Gleichheitsrecht = = Freiheitsrecht)* não tem em conta que, sob o ponto de vista estrutural, podem deduzir-se do princípio geral da igualdade (1) direitos de igualdade abstractos, de tipo definitivo; (2) direitos de igualdade concretos, de tipo definitivo; (3) direitos

de igualdade abstractos, de tipo *prima facie* (cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 390).
Assim, por exemplo, no caso de direitos de igualdade concretos, de tipo definitivo, o direito «à omissão de tratamento desigual» tanto pode consistir em direito de igualdade de tipo positivo como de tipo negativo. Se alguém é atingido desigualmente por uma proibição, então ele pode, a partir do princípio da igualdade, fundamentar um direito subjectivo, definitivo e concreto, à omissão da proibição; se, pelo contrário, ele não é beneficiado por prestações concedidas a outros grupos, então ele terá já um direito subjectivo concreto à mesma prestação (a omissão de tratamento desigual implica aqui uma dimensão positiva). (Cfr. Ac TC 143/85).

2. Princípio da igualdade e igualdade de oportunidades

Como já atrás se referiu (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I, 3), o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social.* Independentemente do problema da distinção entre «igualdade fáctica» e «igualdade jurídica» e dos problemas económicos e políticos ligados à primeira (exemplo: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-cons-titucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades *{Equality of opportunity)* e de condições reais de vida. Garantir a «liberdade real» ou «liberdade igual» *(Gleich Freiheit)* é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição (exemplos: CRP, arts. 20.72, 60.72/c, 60.72/e, 59.73/6, 64.72, 67.72/a, 73.°, 74.°, 78.72/a)[21].

Esta igualdade conexiona-se, por um lado, com uma política de «justiça social» e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais (Cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I, Cap. 3). Por outro, ela é inerente à própria ideia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13.72 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações,* objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades[22] e como

[21] Cfr. enumeração desenvolvida em JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 235 ss. Em sentido crítico, LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição,* p. 343 ss.

[22] Cfr. a proximidade do discurso de BALDASSARE, «Diritti Sociali», in *Enciclopédia Giuridica,* Vol. XI; PIZZORUSSO, *Che cos'e 1'egualianza Ilprincipio ético e la norma giuridica nella vita real,* Roma, 1983. Preocupações semelhantes em JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 233 ss.

princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)[23].

3. A igualdade perante os encargos públicos

Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por *igualdade perante os encargos públicos {égalité devant les charges publiques, Lastengleichheit).* O seu sentido tenden-cial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados.

Cfr. CRP, artigo 62.°/2, onde se consagra o dever de indemnização justa em caso de expropriação. Vejam-se os Acs. TC 341/86, DR, II, de 19/3; 442/87, DR, II, de 17/2; 3/88, DR, II, de 14/3; 5/88, DR, II, de 114/3; 131/88, DR, II, de 29/6; 109/88, DR, II, de 1/9; 381/89, DR, II, de 8/9; 420/89, DR, II, de 15/9. Cfr. ainda artigo 22.°, onde se garante a responsabilidade patrimonial do Estado e demais entidades públicas, e os artigos 106.° e 107.° relativos aos impostos. É um princípio que tende, na actualidade, a ganhar novas dimensões perante o acréscimo de vínculos expropriatórios ou quase expropriatórios (vínculos de urbanismo, vínculos ambientais, vínculos do património artístico) [24].

4. Princípio da igualdade e princípios da igualdade (ou direitos de igualdade)

A Constituição concretiza, em muitos preceitos, o princípio da igualdade (artigos 29.74, 36.74, 37.°, 40.°, 41.°, 47.°, 50.°, 58.72, 116.73/b, 230.7c, 269.72.⁰)[25]. Relativamente a estes preceitos consa-gradores de direitos especiais de igualdade, o princípio geral do artigo 13.71 vale como *lex generalis.* Isto significa, logicamente, duas coisas: (1) que os fundamentos materiais da igualdade subjacentes às normas constitucionais consagradoras de direitos especiais de igualdade

[23] Note-se que a violação do princípio da igualdade por omissão não se limita a esta dimensão da igualdade.

[24] Cfr., por todos, sobre o sentido deste princípio e suas origens P. Devolve, *L£ Príncipe d'Égalité devant les charges publiques,* Paris, 1969.

[25] Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 233.

sobrepõem-se ou têm preferência, como *lex specialis,* relativamente aos critérios gerais do artigo 13.°/1[26]; (2) que os critérios de valoração destes direitos podem exigir soluções materialmente diferentes daquelas que resultariam apenas da consideração do princípio geral da igualdade.

Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional considerou, e bem, (cfr. Acs. TC 204/85, DR II, 31/9; 309/85, DR II, 11/4; 18/86, DR II, 24/4; 64/86, DR II, 3-6; 122/86, DR II, 6/8) que não se poderia julgar como inconstitucional uma norma que, tendo em conta a imposição legiferante do artigo 55.76, exigia um processo jurisdicional para o despedimento dos delegados sindicais. Esta norma tratava favoravelmente uma categoria de trabalhadores, mas não violava o princípio de igualdade porque ela visava estabelecer não um privilégio mas garantir direitos, liberdade e garantias como o da segurança no emprego (artigo 53.°) e o da liberdade sindical (artigo 55.°).

5. A dimensão objectiva do princípio da igualdade

O princípio da igualdade, além das inequívocas dimensões subjectivas já assinaladas, é também um princípio com dimensão objectiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional. Consequentemente, coloca-se em relação a ele o problema de saber se tem *relevância entre particulares.* Esta questão conexiona-se com outro leque problemático que será desenvolvido em páginas subsequentes: o da *eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada* (cfr., *infra)*[21].

6. Metódica de «controlo» do princípio da igualdade

Saber quando há um *tratamento justo* de igualdade ou desigualdade não é tarefa fácil. Como ponto de apoio metódico sugere-se o seguinte esquema:

(1) quais as *situações de facto* que são objecto de comparação, pois, se o princípio da igualdade é, por definição, um princí-

[26] Cfr. também Martins Claro, «O princípio da igualdade», cit., p. 34. Na doutrina estrangeira cfr. Maunz / Durig, *Grundgesetz,* artigo 3.°, anotação 248; K. Hesse, *Grundzuge,* p. 169.

[27] Cfr. as sugestões de Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 246.

pio relacional, e a norma jurídica comporta sempre um âmbito ou sector «real» ou «fáctico» (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 3, natureza de norma jurídica), então importa sempre determinar quais os «candidatos» (objectos, pessoas, situações) que se consideram iguais ou desiguais. (2) quais os *critérios ou medidas materiais* com base nos quais avaliamos se determinados «pressupostos de facto» devem ser tratados de forma «essencialmente igual» ou «essencialmente desigual»? [28]

Relativamente a estas perguntas deve notar-se que as medidas jurí-dico-materiais de aferição da igualdade ou desigualdade devem encontrar-se, em primeiro lugar, nas normas e princípios da constituição [29], exigindo-se, portanto, aos grupos em comparação relevância jurídico-constitucional. Algum relevo poderá também ter aqui a chamada «justiça do sistema» *(Systemgerechtigkeit),* pois, se determinada regulação está em contradição intrínseca com a concepção global do sistema jurídico, isso pode ser um forte indício da violação do princípio da igualdade (exemplo frisante foi o da restrição do direito ao pedido de suspensão judicial dos actos administrativos e do consequente direito ao recurso contencioso operado pelas «leis de revisão da Reforma Agrária» contra todo o sistema legal do contencioso administrativo).[29a]

O apelo à ideia de «justiça do sistema» [30] não significa qualquer sugestão no sentido de se considerar, como critério material de diferenciação, a «vontade» ou «motivos» do legislador (ou dos restantes órgãos políticos ou administrativos). Os critérios devem ser *objectivos* (segurança jurídica, praticabilidade, razões financeiras), e *compatíveis*

[28] Cfr. F. Muller, *Juristische Methodik,* p. 284.

[29] Portanto, não se trata de uma simples ideia de igualdade que, em cada momento, a «consciência social impõe», como parece sugerir Maria da Glória Ferreira Pinto, «O princípio da igualdade ..., cit., p. 40 ss; Celso Ribeiro Bastos, *Direito Constitucional,* p. 168. No sentido do texto cfr. F. Muller, *Juristische Methodik,* 3." ed., p. 283. Note-se, porém, que o princípio da igualdade é um princípio aberto a novas e alteráveis situações.

[29a] Cfr. em termos incisivos: M. Fernanda Maçãs, "A Relevância Constitucional da suspensão judicial da Eficácia dos Actos Administrativos", e Guilherme da Fonseca, "Garantia do Recurso Contencioso (uma evolução ou involução jurispru-dencial)" ambos em *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional,* Lisboa, 1993.

[30] Cfr. K. Hesse, *Grundzuge,* p. 171. Zippelius, *Der Gleichheitssatz,* in *VVDSTRL,* 1988, alude ao «contexto do direito» que, como expressão de «cultura jurídica, pode fornecer orientações para a concretização do princípio da igualdade».

com as próprias normas e princípios da constituição (assim, por exemplo, as normas estabelecedoras de taxas liberatórias, fixadas no artigo 74.° do Código do Imposto sobre o Rendimento — IRS —, são inconstitucionais, desde logo porque violam os artigos 106.° e 107.° da CRP, além de serem «injustas» sob o ponto de vista da igualdade).

Em geral, o modelo argumentativo para, sob o ponto de vista metódico, se controlar a constitucionalidade de qualquer «medida pública» a partir do princípio da igualdade, reconduz-se ao seguinte (cfr. MÜLLER, *Juristische Methodik,* p. 284):

CASO I — *Desigualdade de tratamento*

(1) existe uma igualdade de situações ou pressupostos jurídico-constitu-cionalmente relevante?

No caso afirmativo segue-se

(2) estas situações ou pressupostos iguais foram tratados de forma desigual sob o ponto de vista jurídico-constitucional?

No caso afirmativo segue-se

(3) existe para a desigualdade de tratamento de situações ou pressupostos de facto iguais uma razão material suficiente?

No caso negativo, segue-se

(4) existe uma regulação arbitrária, violadora do artigo 13.°/1 (injustifi-cadamente discriminatória).

CASO II — *Igualdade de tratamento*

(1) existe uma desigualdade de pressupostos relevante sob o ponto de vista jurídico-constitucional?

(2) foram estes pressupostos desiguais tratados jurídico-constitucio-nalmente de forma igual?

Se sim

(3) existe um fundamento material para esta igualdade de tratamento? Se não

(4) verifica-se uma violação do princípio da igualdade (injustificada-mente igualitária)

Independentemente do que se disser adiante sobre a liberdade de conformação do legislador, o controlo da «razoabilidade» de tratamentos «iguais» ou «desiguais» não se pode reconduzir a um controlo semelhante ao exercido pela jurisprudência administrativa sobre os actos administrativos. Em sentido con-

trário, cfr. BARBERA / COCOZZA / AMATO, «La liberta dei singoli e delle forma-zione soziali. Il prinzipio di eguaglianza», in AMATO / BARBERA, *Manuale di Diritto Pubblico,* p. 312.

III — O princípio de acesso ao direito e aos tribunais

O terceiro princípio do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio do acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no artigo 20.° da CRP [31]. Não iremos, porém, desenvolver aqui este princípio. Ele será analisado no capítulo dedicado, precisamente, à garantia e defesa dos direitos fundamentais.

[31] Considerando este princípio como um princípio comum a todos os direitos, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* 161 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 251.

CAPITULO 8

PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS

4.° — REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Sumário

A) VISÃO GLOBAL DO REGIME ESPECÍFICO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

B) ANÁLISE DO REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS — I - A APLICABILIDADE DIRECTA (ARTIGO 18.71, Segmento 1)

C) ANÁLISE DO REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS — II - A VINCULAÇÃO DE ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS
(Artigo 18.71, Segmento 2)

I — Vinculação de entidades públicas

1. A vinculação do legislador
2. A vinculação da administração
3. A vinculação do poder judicial

II — Vinculação de entidades privadas

1. Casos e hipóteses
2. Enunciado do problema
3. Pressupostos sociológicos
4. Sentido da «eficácia externa» ou do «efeito horizontal» dos direitos, liberdades e garantias
5. Tendências actuais
6. Direitos subjectivos públicos e direitos subjectivos privados

D) ANÁLISE DO REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS — III - O REGIME DAS LEIS RESTRITIVAS (Artigo 18.72/3)

I — Delimitação do conceito de restrição

1. Localização da restrição
2. As instâncias do procedimento de restrição

II — Determinação do âmbito de protecção

Direito Constitucional

III — Restrição de direitos

1. Tipos de restrições
2. Estrutura das normas constitucionais imediatamente restritivas de direitos
3. Estrutura da reserva de lei restritiva
4. Estrutura dos limites imanentes

IV — Os limites dos limites

1. Enunciado do problema
2. Análise dos requisitos das leis restritivas

E) CASOS ESPECIAIS DE RESTRIÇÃO

1. Perda de direitos
2. Renúncia a direitos
3. Estatutos especiais

F) VISÃO METÓDICA DO PROCEDIMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS

Indicações bibliográficas

A e B) REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

ANDRADE, J. C. V. — *Os direitos fundamentais,* cit., p. 118 ss.

MIRANDA, J. — *Manual,* IV, p. 275 ss.

GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III.

C) **ANÁLISE DO REGIME ESPECÍFICO**

ABRANTES, J. J. — *Vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais,* Lisboa, 1990.

ANDRADE, J. C. — *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares,* Lisboa.

GARCIA TORRES / JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares,* Madrid, 1986.

K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht,* 1988.

LEISNER, W. — *Grundrechte und Privatrecht,* Munchen, 1960.

LOMBARDI, P. — *Potere privato e diritti fondamentali,* Torino, 1970.

SILVA, V. P. — «A Vinculação de entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias», in *RDES,* 1987, p. 299 ss.

VAZ PATTO, P. — "A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias", in *Documentação, Direito Comparado,* 33/34, 1988, p. 473 s.

D) REGIME DAS LEIS RESTRITIVAS

ANDRADE, J. C. V. — *Os direitos fundamentais,* cit., p. 254. CANOTILHO / MOREIRA — *Fundamentos da Constituição,* Cap. III — *Constituição da República,* anotação ao art. 18.° MIRANDA, J. — *Manual,* IV, p. 300 ss.

MARTIN RETORTILLO / OTTO Y PARDO — *Derechos Fundamentales* y *Constitucion,* p. 132 ss.

E) CASOS ESPECIAIS DE RESTRIÇÃO

FERNANDES, A. L. — *As Forças Armadas e a PSP perante a Liberdade Sindical,* Coimbra, 1990.
LEITE, J. — «A Liberdade sindical dos profissionais da PSP. Notas a um Acórdão» in *RMP,* 39, p. 9 ss.
KEMPF — «Grundrechte im besonderen Gewâltverhăltnis», in *JUS,* 1972, p. 701.
MIRANDA, J. — *Manual,* IV, p. 275.
PIETZCKER, G. — «Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts», in *Der Staat,* 1978, p. 527.
STETTNER, G. — «Verfassungsdogmatische Erwägungen zur Grundrechtsverwirkung», *mDVBl,* 1975, p. 801.

A I *VISÃO GLOBAL DO REGIME ESPECIFICO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS*

Os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga beneficiam de um regime específico (CRP, artigo 17.°). Com efeito, a Constituição contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma *disciplina jurídico-constitucional específica* para esta categoria de direitos fundamentais. Os traços caracterizadores deste regime próprio dos direitos, liberdade e garantias são os seguintes':

— aplicabilidade directa das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (art. 18.71);
— vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18.71);
— reserva da lei para a sua restrição (art. 18.72 e 168.71/è);
— princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art. 18.72);
— princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18.72);
— princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (art. 18.73);
— princípio da não retroactividade de leis restritivas (art. 18.73);
— princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18.73);
— limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (art. 19.71);
— garantia do direito de resistência (art. 21.°).

[1] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III, 4.5, 4.6 e 4.7; *Constituição da República,* anotações ao art. 18.°. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, pp. 282 ss, distingue entre um regime material, um regime orgânico e um regime de revisão dos direitos, liberdades e garantias. Cfr., também, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* p. 188 ss; «Direitos e Liberdades», cit., p. 685 ss.

— garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22.°);
— garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272.°/3);
— garantia contra «leis de revisão» restritivas do seu conteúdo (art. 288.°/d).

Como se intui, a Constituição consagrou um regime especial, caracterizado pela existência de regras e princípios — orgânicos e materiais — de índole particularmente garantística. Vamos proceder à descodificação deste regime.

B I *ANALISE DO REGIME ESPECIFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS*

I — A APLICABILIDADE DIRECTA (Artigo 78.77, *Segmento 1)*

Deve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2). Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade directa: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*[2], isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Note-se que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma *normatividade qualificada,* nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos* (cfr., *supra,* Cap. 6, B).

[1] Cfr. K. STERN, *Staatsrecht,* III/I, p. 1195.

C I *ANÁLISE DO REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS*

II — A VINCULAÇÃO DE ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS (Artigo I8.°/I, Segmento 2)

I — Vinculação de entidades públicas

O artigo 18.71 do CRP estabelece a vinculação das entidades públicas através das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Como destinatários de tal vinculação perfilam-se, desde logo, os poderes públicos — o legislador, o governo/administração e os tribunais. Ao utilizar o enunciado linguístico «entidades públicas» o texto constitucional pretende, através de uma espécie de «supercon-ceito» — entidades públicas —, tornar claro que a «decisão» constitucional se deve entender no sentido de uma *vinculação explícita e principal* de todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autónomas. A cláusula de vinculação de todas as entidades públicas exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os *âmbitos funcionais* dos sujeitos públicos e é independente da *forma jurídica* através da qual as entidades públicas praticam os seus actos ou desenvolvem as suas actividades. O entendimento da vinculação das entidades públicas, nos termos em que acaba de ser feito, sugere, pois, a vinculação destas entidades, quer utilizemos uma *perspectiva funcional* — funções das entidades públicas —, quer apelemos para uma *compreensão formal organizatória* — os titulares ou órgãos dessas entidades. Em termos práticos, vinculação de uma entidade pública como, por exemplo, o legislador, significa que «vinculados» estão tanto os órgãos legislativos (Assembleia da República, Governo, assembleias legislativas regionais) como as funções, independentemente de saber por quem são exercidas (os actos legislativos). Registe-se, ainda, uma outra nota justificativa do apelo ao conceito de entidades públicas: a vinculação é extensiva a *todos os poderes públicos* e não apenas aos poderes estaduais, abrangendo as pessoas colectivas de direito público, a administração mediata ou imediata e a administração autónoma[3]. Tomando em conta todas estas dimensões,

[3] Cfr., entre nós, Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 285.

pode afirmar-se que as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias.* As *formas* de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é «livre» dos direitos fundamentais.

1. A vinculação do legislador

A conhecida e repetida fórmula de H. Kruger — «leis apenas no âmbito dos direitos fundamentais» — exprime plasticamente o sentido da vinculação do legislador e dos actos legislativos pelos direitos, liberdades e garantias.

a) *O sentido proibitivo (proibição) da vinculação do legislador (princípio da constitucionalidade)*

A cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem actos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanação de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades e garantias. As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, constituem, nesta perspectiva, *normas negativas de competência*[4] porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes.

b) *A dimensão positiva da vinculação do legislador*

A vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, o legislador deve «realizar» os direitos, liberdades e garantias, optimizando a sua normativi-dade e actualidade[5]. Muitos direitos, liberdades e garantias, carecem

[4] Cfr. K. Hesse, *Grundzuge,* p. 118; Alexy, *Theorie der Grundrechte,* p. 222. Entre nós, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 287; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* p 270; João Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores,* p. 154.

[5] Este dever de «optimização» é mesmo um dever de utilização da forma jurídica da lei (lei formal ou decreto-lei autorizado) para regular o regime de direitos, liberdades e garantias. Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 331.

de uma ordenação legal (ex: o direito de cidadania, o direito de celebrar casamento); outros pressupõem dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias «criadas» pelo legislador (exemplo: o direito de acesso aos tribunais implica a criação e organização de tribunais, bem como a definição de vias processuais adequadas; o exercício do direito de antena pressupõe a sua regulação legal).
Como os direitos, liberdades e garantias possuem também uma dimensão objectiva, eles valem como princípios informadores da ordem jurídica que o legislador deve incorporar e mediatizar ao regular as diferentes relações jurídicas (exemplo: as leis de imprensa devem concretizar o princípio da liberdade de imprensa; as leis respeitantes às universidades devem plasmar os princípios da autonomia e da liberdade de criação intelectual, artística e científica).
c) *O sentido extensivo de «legislador»*
Como já foi referido, a vinculação de entidades públicas é extensiva aos órgãos e à função. Quando se fala em vinculação do «legislador» convém notar a não identificação desta expressão com o sentido jurídico-constitucional de legislador. A constituição aponta para a vinculação de *todos os actos normativos* através de direitos, liberdades e garantias. Incluem-se os actos praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos) ou por entidades privadas mas a que a lei confere força de norma jurídico-pública (exemplo: contratos colectivos de trabalho)[6]. Além disso, estão vinculados aos direitos, liberdades e garantias os actos com eficácia externa do poder legislativo não reconduzíveis a actos legislativos ou normativos (ex.: no exercício das comissões de inquérito).

Por vezes, não é fácil saber se estamos perante normas jurídicas públicas ou perante normas jurídicas privadas. É o caso das normas editadas pelas associações e federações desportivas que, embora sejam pessoas colectivas privadas, têm as características de pessoas de utilidade pública desportiva. As suas normas podem lesar, em termos graves, os direitos, liberdades e garantias, pelo que não é líquido que elas não devam ser consideradas «normas de legislação» para efeitos do art. 18.71. Cfr. o Ac TC 472/89, DR, II, 22/9/89, que não acompanhamos integralmente nas conclusões. Cfr. também parecer PGR, 100/88, DR, II, de 8/6/89.

[1] Cfr. K. KIRCHHOF, *Privatrechtssetzung,* 1987, p. 189 ss.

A relevância de «normas jurídicas privadas» *(Private Rechts-setzung)* colocar-se-á em sede de vinculação de entidades privadas. Elas não cabem no âmbito de «normação» para efeitos de delimitação do sentido de «actos de entidades públicas»[7].

Já mais dificuldades suscita o problema de saber se as «normas técnicas», as «regulações técnico-científicas», os «standards técnicos», (exemplo: regras quanto à segurança de reactores nucleares, «normas» de segurança e de controlo de qualidade de medicamentos) emanadas de entidades privadas («Associação para o controlo de qualidade», «Instituto de Qualidade», «Comissão de energia nuclear»), podem considerar-se como actos de normação de «relevância» pública, **e** como tais, sujeitos à vinculação de direitos, liberdades e garantias, nos termos em que esta vinculação vale para as entidades públicas[8].

2. A vinculação da administração

2.1. *Eficácia em relação à «actividade privada da administração»*

Não se discutirá o sentido do termo «entidades públicas» para efeitos de determinar as pessoas, órgãos e instituições da administração, sujeitas ao princípio da eficácia imediata dos direitos fundamentais[9] **.** E isto por dois motivos. Estando consagrada no artigo 18.°/1 a eficácia jurídica dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas (a cuja problemática aludiremos em seguida) deve entender--se: *a)* a questão da vinculação da administração quando actua nas vestes de direito privado (a chamada eficácia privada dos direitos fundamentais — *Fiskalgeltung der Grundrechte)* não assume autonomia, pois quer se trate de desempenho imediato de tarefas públicas na forma do direito privado (direito privado da administração), quer se trate de actos privados em sentido estrito, em que os poderes públicos actuam nas vestes de um particular, a fórmula da Constituição portuguesa (vinculação de entidades públicas e privadas), permite perfei-

[7] Certas normas privadas (regulamentos de empresa, ordens de serviço) podem ser contrárias aos direitos, liberdades e garantias *(Grundrechtswidrige),* mas a questão da sua «constitucionalidade» não tem o regime das normas jurídico-públicas.

[8] O problema começa a ser objecto de discussão. Cfr. D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung fiir die Risiken der Technik,* 1985; F. Kirchhof, «Kontrolle der Technik ais staatliche und private Aufgabe», in *NVWZ,* 1988, p. 99 ss.

[9] Vide as referências de Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 260 ss; Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 287.

tamente a extensão da eficácia dos direitos fundamentais aos dois casos de «actuação privada» da administração; *b)* por outro lado, a admitir-se a tese negativa, aceitar-se-ia também a «formação de uma reserva da actividade estadual fora da Constituição», sendo possível à administração furtar-se à eficácia imediata dos direitos fundamentais mediante o manejo das formas de direito privado[10] . Assim, por exemplo, a compra de um imóvel a um particular pela administração não poderá deixar de estar sujeita ao princípio de igualdade, impedindo-se que o vendedor seja escolhido em virtude da sua religião ou das suas concepções políticas.

2.2. *O princípio da constitucionalidade imediata da administração*

A administração (entenda-se: as várias administrações públicas, central, regional ou local, directa ou indirecta) está vinculada às normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Isto significaria em todo o rigor:

(1) a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, só deve executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias;

(2) a administração, ao praticar actos de execução de leis constitucionais *(-* leis conforme os direitos fundamentais), deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar estas leis de um modo conforme os direitos, liberdades e garantias.

A afirmação contida em (2) não oferece dificuldades. No plano prático, as principais questões suscitam-se na interpretação e aplicação de *cláusulas gerais* e de *conceitos jurídicos indeterminados,* bem como no exercício de poderes discricionários por parte da administração. Em qualquer dos casos, a administração deve ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias e relevantes para a solução do caso concreto.

[10] Cfr. HESSE, *Grundziige,* cit., p. 145. Entre nós, cfr. GOMES CANOTILHO / / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 267 ss; JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 288.

Já a afirmação contida em (1) levanta as maiores dificuldades. Pareceria evidente que o princípio da vinculação imediata da administração pelos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias só podia ter como corolário lógico o dever de execução de leis constitucionais (= conforme os direitos, liberdades e garantias) mas não de leis inconstitucionais. Mas a administração não terá também o dever de ser «guardiã» dos direitos fundamentais em face de leis que claramente os violam? Por outras palavras: *a força dirigente dos direitos fundamentais* não imporá a todos e a cada um dos órgãos da administração um dever de controlo *(«Prufung»)* ou de «rejeição» *(Verwerfung)* das leis ofensivas dos direitos, liberdades e garantias? O problema é complexo, pois coloca-nos perante a questão de vinculação da administração pelo princípio da *constitucionalidade* (aqui traduzido sobretudo na eficácia directa dos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias) e pelo *princípio da legalidade,* ou seja, a subordinação da administração à lei. Devemos reter alguns tópicos essenciais na perspectivação deste problema. Em primeiro lugar, o princípio básico é o de recusar à administração em geral e aos agentes administrativos em particular qualquer poder de controlo da constitucionalidade das leis, mesmo se dessa aplicação resultar a violação dos direitos fundamentais. Aos agentes administrativos é sempre possível a *representação — direito de representação —* às entidades hierarquicamente superiores das consequências da aplicação das leis, mas até a uma possível decisão judicial da inconstitucionalidade permanecerão vinculados às leis e às ordens concretas de aplicação dos órgãos colocados num grau superior da hierarquia (artigo 271 .°/2). Todavia, o funcionário ou agente administrativo deverá *desobedecer* a ordens concretas de aplicação das *leis inexistentes,* violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (cfr. artigo 271.73). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos (artigo 19.76). As leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal, são leis *inexistentes,* pelo que os agentes administrativos poderão deparar com o *direito de resistência* dos particulares (artigo 21.°)". Fora destes

1' Por não ter em conta várias dimensões deste problema — sobretudo a contradição entre o princípio da legalidade e o princípio da constitucionalidade, a eficácia directa dos direitos fundamentais vinculativos do poder executivo, o direito de resistência — é que MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional,* cit., p. 339 ss,

parâmetros, é questionável a atribuição de uma *Verwerfungskompetenz* (competência de rejeição) aos agentes da administração, sendo clau-dicantes e inseguros os critérios que a doutrina tem até agora desenvolvido. Note-se, porém, que a inexistência de um «poder de rejeição» não significa a impossibilidade, e, porventura, obrigatoriedade, de a administração lançar um «olhar preventivo» (apelando, por exemplo, para os órgãos superiores ou entidades competentes) relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é «evidente» ou altamente provável. Além disso, a prevalência tendencial do princípio da legalidade não deve transferir-se de plano para os «regulamentos» e «preceitos adminis-trativos». Finalmente, parece ser razoável dar prevalência ao princípio da "vinculatividade imediata" das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade nos casos em que este deixou de poder ancorar-se em normas constitucionais (ex.: leis pré-constitucionais) ou passou a ficar "enfraquecido" por decisões do TC no sentido da inconstitucionalidade do acto legislativo.

2.3. *A vinculação dos «actos de governo»*

A força dirigente dos direitos fundamentais relativamente ao poder executivo impõe-se mesmo perante os tradicionais *actos de governo,* praticados no exercício de uma função política ou governamental. Se, em geral, é difícil dar operatividade prática ao controlo dos actos políticos, embora seja inequívoca a sua vinculação ao princípio da constitucionalidade — artigo 3.73 — e ao princípio da eficácia directa dos direitos fundamentais — artigo 18-/1 —, parece segura a aplicação destes dois princípios, com a consequente possibilidade de controlo judicial, quando um «acto político» é, na realidade, um acto administrativo directamente violador de direitos fundamentais (exemplo: a chamada *vinculação aos direitos fundamentais do poder dirigente da política externa).*

A hipótese não é meramente teórica. Assim, já entre nós, o Presidente da República, através de *decreto retroactivo,* demitiu das suas funções (aniquilando o direito de *jus in officio)* e contra uma sentença do Supremo Tribunal Administrativo, um funcionário da carreira diplomática. Com efeito, num

conclui pela não extensão da figura de inexistência aos casos de *inconstitucionalidade material,* criticando a nossa posição quanto à extensão da figura de inexistência aos casos de grave violação dos direitos fundamentais (cfr. *infra).* O exemplo que demos da greve poderá tê-lo feito recear dos perigos da extensão dissolvente da inexistência. Todavia, ela parece-nos segura nos casos que agora apontámos (actos violadores do direito à vida e da integridade pessoal). Cfr., agora M. Rebelo de Sousa, O *Valor jurídico do acto inconstitucional,* 1988, p. 332. Num sentido algo diferente, mas não com soluções substancialmente divergentes do defendido no texto, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 282 s.

decreto do PR (Diário da República de 1 de Junho, II Série, n.° 126), invocando o artigo 138.° da Constituição, diz-se pura e simplesmente: «F..., embaixador dos serviços externos — decreto de 22 do corrente mês, exonerado do referido cargo com efeitos desde 24 de Setembro de 1976, data em que foi publicado o decreto que o exonerou das funções de embaixador de Portugal em Maputo». Veja-se o excelente Acórdão do S.T.A., de 5 de Novembro de 1981, sobre o caso em referência, com pertinentes comentários de MÁRIO ESTEVES, em *RDA* n.° 10 (1982). Cfr., sobre isto, SCHUPPERT, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt,* 1973.

2.4. *A vinculação da administração dotada de «discricionariedade»*

A vinculação dos actos de governo pelas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias insinua já uma ideia fundamental a reter nesta problemática. Quanto mais ténue fôr a vinculação da administração à lei (como no caso de actos de governo), tanto mais forte é a sua vinculação imediata pelos direitos, liberdades e garantias. Assim, os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, *medidas de valoração* decisivas quando a administração tem de densificar *conceitos indeterminados* («segurança pública», «sigilo», «segredo de Estado», «segurança do Estado»). Da mesma forma, quando a administração pratica actos no exercício de um *poder discricionário,* ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Aqui, dada a frouxa pré-determinação da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração[12].

3. A vinculação do poder judicial

Aos tribunais cabe a tarefa clássica da «defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos» (CRP, artigo 205.°/2). Os tribunais, porém, não estão apenas «ao serviço da defesa de direitos fundamentais»; eles próprios, como *órgãos do poder público,* devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais efectiva-se ou concretiza-se: (1) através do *processo* aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da *determinação e direcção das decisões jurisdicionais* pelos direitos fundamentais materiais.

3.1. *Vinculação através de direitos processuais fundamentais*

Considera-se, hoje, que a «constituição dos tribunais» *{Gerichts-verfassung)* e o «procedimento jurisdicional» (= processo judicial)

[12] Cfr. referências em N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht, 2."* ed., 1986, p. 230; JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 299.

: estão, em larga medida, «constitucionalizados» (CAPPELLETTI, SCHWAB--GOTTWALD). Isto significa a compreensão constitucionalmente «referenciada» do direito processual e do direito organizatório dos tribunais. Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento.

3.2. *Vinculação do conteúdo dos actos jurisdicionais pelos direitos fundamentais*

Os direitos fundamentais podem também vincular os actos jurisdicionais como «normas de decisão». Agora, não se trata de captar o efeito vinculativo das normas consagradoras de direitos fundamentais como «normas de organização» ou de «processo», mas como *medidas de decisão material-jurisdicional* (LORENZ: *Grundrechte ais Urteils-masstab).* A relevância da vinculação da jurisdição pelos direitos fundamentais é principalmente discutida em três conjuntos problemáticos: (1) - no âmbito da fiscalização judicial, sobretudo quando se coloca o problema da desconformidade da lei com normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias: (2) - no plano da eficácia vinculativa das decisões do Tribunal Constitucional relativamente aos outros tribunais; (3) - no domínio da delimitação de competências e definição dos poderes de cognição entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais. Alguns destes problemas serão discutidos quando se abordar *ex professo* a «justiça constitucional» (cfr, *infra,* Parte IV, Padrão VI). De qualquer modo, convém, desde já, deixar assinaladas as principais refracções da vinculação dos tribunais pelos direitos fundamentais.

3.2.1 *A «constitucionalidade da jurisdição»*

Os tribunais estão sujeitos à lei (CRP, artigo 206.°), devendo, por isso, considerar a lei como a primeira mediação metódica do «justo» constitucional[13]. Todavia, se a lei surge como primeira «mediação» da

[13] Mesmo quando se salienta o «carácter criador da obtenção do direito pelos tribunais», a doutrina constitucional entende que à lei pertence a «hierarquia e o predicado de uma decisão da maioria democrática» e que, num Estado de direito democrático constitucional, compete, em primeiro lugar, ao legislador, proceder à mediação do direito. Cfr. H. P. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung,* Berlin, p. 155 ss; F. MULLER, *Richterrecht,* p. 88 ss.

vinculação constitucional (R. Grawert), nem sempre existe harmonia entre a constituição e a lei, pois esta pode estar em desconformidade com a primeira. Nestes casos, existe uma dupla vinculação (mas vinculação antinómica) para o juiz. Deve obediência à lei, mas, por outro lado, não pode aplicar «normas que infrinjam o disposto na constituição ou os princípios nela consignados» (CRP, artigo 207.°). Isto significa a prevalência da vinculação pela constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade). A constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o *direito de acesso directo à constituição* — sobretudo às normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias —, a fim de «fiscalizarem» («direito de exame», «direito de fiscalização») a conformidade da lei com as normas e princípios da constituição. Este exame do «direito da lei», sob o ponto de vista da constitucionalidade, a que procedem os tribunais, pode conduzi-los a várias e complexas tarefas.

3.2.2. *Tarefas metódicas da jurisdição*

a) *Interpretação da lei conforme os direitos, liberdades e garantias consagrados na constituição*

Em virtude da dupla vinculação dos tribunais — à constituição e à lei —, os juizes, no caso de lei polissémica, devem procurar atribuir--lhe o sentido mais conforme com os direitos, liberdades e garantias (cfr., *supra,* Parte II, Cap. 3).

b) *Dever de desaplicação da lei*

Caso a mácula constitucional da lei seja indiscutível, segundo a perspectiva do juiz da causa, ele deve desaplicá-la no caso concreto (cfr., *infra,* Parte IV, Padrão VI), sobretudo quando a inconstitucionali-dade se basear em violação de direitos, liberdades e garantias.

c) *Colmatação das lacunas mediante o recurso ao direito constitucional*

Sempre que, por desaplicação da lei, o juiz se veja confrontado com «lacunas», ele deve proceder à sua «complementação» recorrendo, em primeiro lugar, se fôr caso disso, às normas e princípios constitucionais (cfr., *supra,* Parte II, Cap. 3) consagradores de direitos, liberdades e garantias.

d) *Dever de aplicação do direito legal em conformidade com os direitos, liberdades e garantias*
Neste caso, os tribunais não se encontram perante a alternativa da vinculação pela constituição ou da vinculação pela lei. As duas vinculações convergem concorrentemente: o juiz deve aplicar a lei, mas em conformidade com os direitos fundamentais constitucional-mente garantidos.
A forma, a medida e a extensão da vinculação não é sempre a mesma, pois é necessário distinguir entre: (i) vinculação dos tribunais que actuam nas vestes de «jurisdição civil» e decidem segundo a «medida» do direito privado: (ii) e vinculação dos tribunais que aplicam «direito público», actuando como «jurisdição jurídico-pública». Neste último caso, os tribunais administrativos, tributários, financeiros, ao controlarem actos das autoridades administrativas, verificarão se estes estão em conformidade com os direitos fundamentais. As autoridades administrativas, como entidades públicas, estão já vinculadas pelos direitos fundamentais (os direitos fundamentais como normas de acção das entidades públicas); os seus actos estão ainda, em sede de controlo jurisdicional, sujeitos à apreciação dos tribunais competentes, cujas decisões se devem pautar também pelos direitos, liberdades e garantias (os direitos, liberdades e garantias como normas de controlo e decisão da própria actividade jurisdicional). Noutras hipóteses, existe uma *vinculação imediata* dos juizes pelos direitos fundamentais. Exemplos significativos são os casos de «reserva de decisão judicial» (cfr. CRP, artigos 28.71 e 34.72, relativos à prisão preventiva e entrada no domicílio dos cidadãos) em que os juizes devem observar e aplicar directamente as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (exemplo: o juiz não pode «decretar» a prisão preventiva sem observar as condições do artigo 28.°; não pode ordenar a entrada no domicílio dos cidadãos sem cumprir as normas do artigo 34.°). Uma vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias, verifica-se também quando os juizes aplicam «direito público» que, em si mesmo, comporta graves medidas de ingerência na esfera jurídica dos particulares (exemplos: actos de execução de sentenças, actos de execução de penas, actos sancionatórios de natureza criminal ou de ordenação social). A actividade típica de poderes públicos que os tribunais desenvolvem só pode conceber-se, aqui, como actividade de entidades públicas directamente vinculadas pelos direitos fundamentais.
A vinculação dos tribunais que actuam nas vestes de «jurisdição civil» e decidem segundo a *medida do direito privado* relaciona-se

com o problema da «eficácia externa» dos direitos fundamentais (cfr., *infra).* Em todo o caso, deve assinalar-se uma diferença fundamental entre a presente hipótese e a anteriormente estudada (tribunais nas vestes de jurisdições «jurídico-públicas»). A vinculação dos tribunais que decidem segundo a «medida» do direito privado não deriva do facto de eles, ao proferirem decisões, actuarem como «poder público»; deriva, sim, da necessidade de eles observarem os direitos, liberdades e garantias, na medida em que eles «valham» para a decisão do caso concreto. Utilizando uma formulação doutrinária expressiva: «o Tribunal tem de observar os direitos, liberdades e garantias na medida em que eles constituem «direito aplicável» à causa; eles não vinculam só pelo facto de um tribunal «proferir uma decisão».

II — Vinculação de entidades privadas **1. Casos e hipóteses**

(1) Uma empresa industrial celebrou contratos de trabalho em que os trabalhadores renunciaram a qualquer actividade partidária e à filiação em sindicatos. Se as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias (CRP, artigos 46.°, 51.° e 55.°), vinculam entidades privadas, como reagir contra o «desvalor constitucional» de tais contratos de trabalho?

(2) Num congresso de um partido político destinado a escolher os candidatos desse partido às eleições parlamentares, foi excluída a participação de indivíduos de raça negra (hipótese próxima da discutida nos célebres casos da jurisprudência americana, *Smith* v. *Allright* (1944) e *Terry v. Adams* (1946)). O princípio da igualdade (CRP, artigo 13.72) vinculará ou não, directamente, uma associação partidária?

(3) A senhora *X* havia sido contratada como professora por um colégio particular, vinculando-se à «cláusula do celibato». Posteriormente, ela celebrou casamento e a empresa proprietária do colégio desencadeou o procedimento de despedimento, invocando a violação de uma cláusula do contrato. A senhora *X* contestou a acção de despedimento, apelando directamente para o artigo 36.°/1 da CRP, que vincularia entidades privadas como a empresa proprietária do colégio (caso já discutido em Portugal, mas com contornos um pouco diferentes, num Parecer da Comissão Constitucional).

(4) A empresa Z contratou dois indivíduos de sexo feminino para o seu serviço de informática, mas condicionou a manutenção do contrato de trabalho a três cláusulas: (i) sujeitarem-se a testes de gravidez no momento da admissão; (ii) aceitarem como justa causa de despedimento

o facto de ocorrer uma gravidez durante o contrato; (iii) considerarem também como justa causa de despedimento o facto eventual de virem a servir de «mães hospedeiras» (inseminação artificial) durante a vigência do contrato. Como conciliar estas cláusulas com direitos, liberdades e garantias com os direitos à intimidade pessoal (CRP, artigo 26.°) e o direito de constituir família (CRP, artigo 36.71)?

(5) As entidades patronais e as organizações sindicais celebraram um contrato colectivo de trabalho, onde incluíram a cláusula de *closed-shop,* ou seja, a proibição de contratação de operários não sindicalizados. Como conciliar esta cláusula contratual com os artigos 47.° e 55.°/6 da CRP?

(6) Uma escola particular de alunos deficientes, subsidiada pelo Estado, recusa-se a receber crianças deficientes não baptizadas ou cujos pais professem uma religião diferente da ensinada nessa escola. Poderão os pais dessas crianças recorrer directamente aos artigos 13.72 e 41.72/3?

2. Enunciado do problema

Quando, no artigo 18.71 da CRP, se estabelece que os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias «vinculam ... *entidades privadas»,* sugere-se, inequivocamente, o alargamento da eficácia desses direitos às «relações cidadão-cidadão», «indivíduo-indiví-duo». Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? Esta questão era conhecida, inicialmente, como questão da *eficácia externa* ou *eficácia em relação a terceiros* dos direitos, liberdades e garantias *(Drittwirkung).* Hoje prefere-se a fórmula *«efeitos horizontais» (Horizontalwirkung)* ou a expressão *«eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada» (Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung).*

3. Pressupostos sociológicos

De acordo com o artigo 18.71, os preceitos constitucionais relativos a direitos, liberdades e garantias vinculam «entidades privadas». Isto significa serem também as pessoas privadas, físicas ou colectivas, destinatárias das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. A primeira nota a salientar, neste aspecto, é a da incompatibilidade da *eficácia externa* dos direitos fundamentais *(Drittwirkung,* na terminologia alemã) com a tese liberal dos direitos fundamentais que reconduziria dos direitos, liberdades e garantias,

exclusivamente a *direitos subjectivos* de defesa perante os poderes estaduais. A teoria liberal e a *Statuslehre* a ela ligada, ao considerarem os poderes públicos como os únicos destinatários das normas referentes aos direitos, liberdades e garantias, não tem virtualidades suficientes para compreender a actual *dimensão* objectiva dos direitos fundamentais, isto é, a sua natureza de elementos da *ordem objectiva,* com uma «eficácia irradiante» em várias direcções que não apenas a dos poderes públicos. Em segundo lugar, a compreensão da *eficácia externa* em relação a pessoas privadas tem de abandonar os pressupostos sociológicos individualistas de separação Estado-sociedade civil, separação que a burguesia tinha transformado em *ratio essendi* do seu domínio económico, político e social.

É, porém, o peso ideológico do proprietarismo individualista que ainda hoje intervém quando, perante a necessidade de fazer vigorar nas relações privadas os princípios e normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais (o direito civil seria assim, e cada vez mais, um *direito constitucional concretizado),* se reage emocionalmente denunciando as metástases «cancerígenas» do direito constitucional no âmbito do ordenamento civil, se invoca a perversão do direito civil, da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade, perante a «coacção» feita nas relações privadas pelas normas constitucionalmente referentes a direitos fundamentais. Este peso ideológico justifica também o artificialismo de certas doutrinas, obrigadas a reconhecer as novas dimensões da protecção dos direitos fundamentais, e as soluções retrógradas que continuam a dar-se a alguns problemas de protecção dos direitos.

A irrenunciável dimensão subjectiva dos direitos, liberdades e garantias ganha sentido não apenas na relação antitética exclusiva indivíduo-Estado, mas também sob o ângulo da imbricação necessária do homem individual no contexto de estruturas de domínio diversificadas e múltiplas. Não é o indivíduo abstracto mas a pessoa humana, enquanto o valor concreto inserido nesta multiplicidade de contactos e enquanto vítima virtual de alienações deles resultantes, a referência subjectiva do sistema hodierno de protecção dos direitos fundamentais.

4. Sentido da «eficácia externa» ou do «efeito horizontal» dos direitos, liberdades e garantias

A Constituição de 1976 (CRP, artigo 18.71) consagra a eficácia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada. Resta saber *como* e de *que forma* se concebe esta eficácia. As respostas clássicas reconduzem--se a duas teorias:

(1) *Teoria da eficácia «directa» ou «imediata» (unmittelbare, direkte Drittwirkung)*

(2) *Teoria da eficácia indirecta ou mediata (mittelbare, indi-rekte Drittwirkung)*
De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vincu-latividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias. Vejamos como se coloca o problema.

4.1. *«Eficácia horizontal» e «eficácia vertical»*
[14]

A vinculação de entidades privadas, consagrada no artigo 18.71, significa que os efeitos dos direitos fundamentais deixam de ser apenas *efeitos verticais* perante o Estado para passarem a ser *efeitos horizontais* perante entidades privadas *{efeito externo dos direitos fundamentais).*

entidades públicas

cidadão

> entidades privadas

A questão de saber como deve interpretar-se o *efeito externo* dos direitos fundamentais comporta três respostas fundamentais:

[14] Sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas cfr., entre nós, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil,* 3." ed., p. 71; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 279 ss; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* I, anotação ao artigo 18.°; JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 291; ABRANTES, J. J. N., *Vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais,* 1990; VASCO PEREIRA DA SILVA, «A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* 1987, P- 299 ss; T. QUADRA SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Madrid, 1981; J. GARCIA TORRES / A. JIMÉNEZ--BLANCO, *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares,* Madrid, 1986.

(1) Não existe eficácia externa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais em relação a entidades privadas.
(2) Os direitos, liberdades e garantias têm *eficácia externa mediata* em relação a terceiros.
(3) Os direitos, liberdades e garantias têm *eficácia externa imediata* em relação a entidades privadas.

4.2. *Eficácia mediata ou imediata?*

Quando se fala de eficácia externa dos direitos fundamentais, de que eficácia se trata? De *eficácia imediata* ou de *eficácia mediatal* De uma eficácia traduzida no facto de as entidades privadas deverem respeitar, de forma directa e necessária, os direitos constitucionalmente garantidos (eficácia directa), ou de uma eficácia revelada na configuração, pelo Estado, da situação jurídica das entidades privadas em conformidade com os direitos fundamentais (eficácia indirecta)? Portanto, de eficácia irradiando directamente dos direitos fundamentais, ou de eficácia produzida através da actuação legiferante dos órgãos estaduais? Duas observações prévias: a) o problema não se põe para os direitos fundamentais que só podem ter como sujeito passivo o Estado (assim, por exemplo, artigos 22.°, 31.°, 49.71, 52.72, etc); *b)* o problema está resolvido, quando é a própria Constituição a reconhecer expressamente aos direitos fundamentais efeitos em relação a terceiros (exemplo: artigos 37.74, 38.72, etc). Por outro lado, o problema só adquire *autonomia* quando se admite terem os direitos fundamentais *eficácia imediata* em relação a terceiros.

Dizer, como faz DÚRIG, e, na sua senda, os defensores da eficácia mediata, que as posições jurídico-subjectivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da *legislação* civil e criminal quer através da *interpretação* das cláusulas gerais do direito civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo *(wertausfàhige und wertausfullungsbediirftigte General-klauseln)*[15], parece-nos uma conclusão quase «evidente» que não responde, como demonstrou LEISNER, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos

[15] Cfr. DURIG, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», *Festschrift fiir Nawiasky,* 1956, p. 157 e 176. Entre nós, cfr. a exposição de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 288.

fundamentais em relação a entidades privadas. Também não resolve o problema a ideia que, partindo do carácter jurídico-objectivo das garantias dos direitos fundamentais, prefere situar a questão, não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da *congruência ou conformidade normativa jurídico-objectiva* entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas de direito civil[16]. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autónomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extra-constitucional, é matéria constitucional[17].

Para além disto, e ao contrário do disposto no artigo I.°/3 da *Grundgesetz* alemã, onde apenas se diz que os direitos fundamentais «vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial a título de direito directamente aplicável», a Constituição Portuguesa consagra inequivocamente a eficácia imediata em relação a entidades privadas (artigo 18.°/1) [18]. Resta saber como se concebe esta eficácia.

5. Tendências actuais

5.1. *A necessidade de soluções diferenciadas*

O problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de *soluções diferenciadas.* Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada «eficácia horizontal» se insere no âmbito da *função de protecção dos direitos fundamentais,* ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva* — em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado — que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais,* de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o «referente» de direito fundamental que estiver em *causa* no *caso* concreto. Relativamente aos perigos de "perversão" da ordem jurídica civil através da "hipertrofia

[16] Cfr. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht,* cit., p. 378 ss.

[17] Com isto não se pretende transformar a Constituição em super-código e reduzir o direito civil a um simples direito constitucional concretizado.

[18] Cfr. G. Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Anotada,* anotação ao art. 18.71.

de direitos", salienta-se que a ideia da eficácia imediata em relação a entidades privadas dos direitos fundamentais não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa *situação de igualdade* nas *relações verticais* com o Estado (princípio da igualdade como princípio vinculativo dos actos dos poderes públicos), tenham, nas relações jurídicas civis, essa mesma situação de igualdade mediante o auxílio do Estado. Por outras palavras: as entidades públicas não são «donas» das relações privadas para transformarem a «autonomia individual» num concentrado de deveres harmonizatórios.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais «na ordem jurídica privada», não obstante ter sido agitado sobretudo a partir da década de 50 (H. P. Ipsen), não era totalmente estranho à própria «ideia constitucional». A *Declaração dos Direitos do Homem de 1789* não afirmava apenas o valor dos direitos fundamentais perante o Estado; dirigia-se também contra os privilégios da nobreza e do clero, contra posições desigualitárias, em virtude da classe social e poder económico, no âmbito do direito privado (cfr., por exemplo, Constituição Portuguesa de 1822, artigos 12.° e 13.°). O Estado deveria, nesta perspectiva, assegurar também a liberdade no âmbito do direito privado. Só mais tarde, com a radicação da teoria liberal individualista, se alicerçaram duas ideias: (1) a função dos direitos fundamentais é a da defesa dos indivíduos perante o Estado (direitos de defesa); (2) o direito privado tem o seu próprio direito (sobretudo os códigos) separado do direito constitucional. Cfr. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht,* 1960, p. 22 ss; E. W. BÒCKENFÕRDE, in Posser / / Wassermann, (org.), *Freiheit in der sozialen Demokratie,* 1979, p. 79. Como se disse, o problema da eficácia dos direitos fundamentais transformou-se num «tema-paradigma» do direito constitucional e do direito do trabalho nas décadas de 50/60, sobretudo por influência da doutrina alemã, vindo a ciência do direito civil a tratar o problema só muito mais tarde (cfr., por exemplo, W. Steindorff, *Persõnlichkeitsschutz im Zivilrecht,* 1983, p. 12 ss, e, entre nós, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil,* 3.ª ed., p. 71).

Também nos Estados Unidos, não obstante a clara «eficácia horizontal» da proibição da escravatura contida no *Civil Rights Act de 1875,* se alicerçou a *State Action Doctrin* segundo a qual os direitos fundamentais são primariamente direitos de defesa contra o Estado, não vinculando entidades privadas. Todavia, através da *public function Doctrin,* a jurisprudência americana procura atenuar alguns dos aspectos mais radicais da *State Action Doctrin* (cfr. Lockhart / Kamisar / Choper/ Shiffin, *Constitutional Law, 6."* ed., 1986, p. 1418.

5.2. Metódica da diferenciação

Vejamos como se podem «arrumar» as várias constelações de eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias.

GRUPO I — *Eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição*

Como já se disse, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias podem, elas próprias, estabelecer a eficácia destes direitos na ordem jurídica privada. Consequentemente, aos particulares é facultado, nas suas relações com outros sujeitos privados, apelar imediatamente para as normas constitucionais que, de forma expressa, vinculam os actos dos entes sujeitos aos direitos fundamentais (cfr., por exemplo, CRP, artigos 26.72, 34.71, 35.72, 36.73/4, 38.72/a, 40.73, 42.72, 46.73, 53.°, 54.75/a/b/, 56.°, 57.73 e 58.73).

GRUPO II — *Eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada*

Em rigor, este caso deveria inserir-se no âmbito da problemática da vinculação de entidades públicas (aqui, em particular, do legislador). Como todos os poderes ou entidades públicas estão vinculados pelas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias (cfr., artigo 18.71, e *supra,* I, 1), segue-se que o «legislador da ordem jurídica privada» deve, na densifica-ção legal do direito privado, cumprir e aplicar essas normas.

Esta vinculação do «legislador da ordem jurídica privada» é, desde logo, uma vinculação imediata quando edita novas normas jurídico-privadas. Ao carácter jurídico-subjectivo dos direitos, liberdades e garantias é inerente, como já se referiu, uma *função de defesa (Abwehrrechte),* o que implica a proibição de restrição, a não ser nas condições atrás estudadas, (cfr. *supra)* ou a criação de disciplina normativa em contradição com eles.

Um outro princípio constitucional de grande significado para o legislador da ordem jurídico-privada é *o princípio da igualdade* (CRP, artigo 13.°). Algumas das proibições de discriminação vinculativas do legislador resultam da própria constituição (cfr., por exemplo, artigo 36.73 e ss). O sentido geral desta vinculação do legislador pelo princípio e direitos de igualdade continua a ser o de que a lei, ao regulamentar normativamente relações jurídicas privadas, não pode nem deve estabelecer regimes jurídicos discriminatórios, a não ser que haja fundamento material para um tratamento desigual.

Por último, deve salientar-se a existência da vinculação do legislador pelos direitos, liberdades e garantias no domínio da regulação da ordem jurídica privada, nos casos em que estes direitos se afirmam mais como *dimensões objectivas* da ordem jurídico-constitucional do que como direitos de defesa, subjectivamente caracterizados. É o que se passa com o *princípio da igualdade* (quando não existem as dimensões subjectivas a que se acabou de aludir) e com os *direitos de prestação* em que releva sobretudo a *função de protecção* (e não a função de defesa) e em que a liberdade de conformação de legislador é mais extensa do que nos casos de intervenção agressiva na esfera jurídico--subjectiva.

GRUPO III — *Eficácia horizontal imediata e mediação do juiz*

Pode afirmar-se que só nos casos agora em análise se coloca com verdadeira acuidade o problema da eficácia — directa ou indirecta — dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. As posições teóricas referidas

atrás tinham sobretudo em vista dar resposta aos problemas levantados quando não há qualquer referência expressa na Constituição ou na lei relativamente à eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas «relações horizontais» entre particulares. Nestes casos, a função de protecção jurídica dos direitos e a consideração das normas consagradoras de direitos fundamentais como normas garantidoras de *bens jurídicos* (dignidade, liberdade, vida, integridade pessoal), aponta não apenas para o dever do legislador estabelecer uma ordenação adequada das relações jurídicas privadas sob o ponto de vista dos direitos, liberdades e garantias, mas também para a responsabilidade de os tribunais encontrarem uma solução justa para os casos de conflitos de posições fundamentais. Os diferentes tribunais (civis, laborais, constitucionais) devem considerar os direitos, liberdades e garantias como *medidas de decisão* dos casos concretos. Os juizes, embora vinculados em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à *função de protecção* (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias.

a) Em primeiro lugar, devem fazer uma *aplicação do direito* privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição.

b) Se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias fôr insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitu-cionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais.

c) A interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (exemplo: boa fé, abuso de direito) mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). Trata-se, pois, de uma *concretização* de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de *normas de decisão* judiciais (captadas ou «extrinsecadas» por interpretação-integração pelo direito judicial).

O Tribunal Constitucional ainda não se pronunciou claramente sobre o sentido da eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas privadas. No Ac. 198/85 insinua-se a existência do problema, mas o Tribunal deixa em aberto o sentido a dar ao problema da *Drittwirkung:* «independentemente do preciso significado que deva atribuir-se em geral, ou no âmbito de outros direitos fundamentais, à extensão da vinculatividade de tais direitos também às entidades privadas, o que é dizer, às relações jurídico-privadas».

GRUPO IV — *«Poderes privados» e «eficácia horizontal»*

Estamos agora perante os casos mais delicados da problemática da eficácia vinculativa das normas de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada, não só porque a sua solução é complexa, mas também porque aqui vêm convergir muitas pré-compreensões ideológicas e mundividenciais. Os autores (NIPPERDEY, LEISNER, LOMBARDI) salientam que a agressão aos

direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de *«poderes sociais»* ou *«privados»* (associações, empresas, igrejas, partidos). Trata-se, no fundo, de uma refracção da problemática geral do «domínio dos grupos», da «representação de interesses organizados», do «corporativismo», dos «complexos sociais de poder». No plano jurídico, alguns dos problemas do «poder dos grupos» têm vindo a ser regulamentados por legislação específica como a legislação do trabalho em caso de despedimentos, legislação sobre concorrência, legislação sobre cláusulas gerais de contratos e obrigação de contratar, legislação sobre a estrutura interna das associações. Resta, porém, o tema de eficácia dos direitos, liberdades e garantias nestes «complexos sociais de poder». As categorias «poder privado» ou «poder social» não são juridicamente assimiláveis a «poderes públicos» e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung.* Todavia:

(1) os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof);

(2) a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia destes direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela *situação desigualitária* das partes;

(3) consequentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias.

GRUPO V — *O núcleo irredutível da «autonomia pessoal»*

Num plano diametralmente diverso se situam os casos em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da *autonomia pessoal* e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia. Só aqui se pode dizer não implicar a eficácia imediata dos direitos fundamentais proibir-se aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado (Hamel). E difícil, por exemplo, argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso de um pai que favorece um filho em relação ao outro através da concessão da quota disponível, ou de um senhorio que promove acção de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo facto de este ter as mesmas convicções políticas [19] .

As indicações exemplificativas anteriores indiciavam já a indispensabi-lidade de uma tarefa de concordância prática dos vários princípios e interesses relevantes para a solução justa do caso concreto. A eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias na CRP postula ainda a interpretação aplicadora

19 Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 293.

conforme a Constituição, fundamentalmente conducente a uma *interpretação conforme os direitos fundamentais.* Isto não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil. Significa apenas que as *soluções diferenciadas* (HESSE) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado. Estas soluções diferenciadas pretendem ter em conta a multiplicidade de relações jurídicas privadas e o diverso conteúdo destas mesmas relações, mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma «dupla ética no seio da sociedade» (J. RIVERO). Essa «dupla ética» existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de «testes de gravidez» às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes, em nome da «produtividade das empresas» e da «autonomia contratual e empresarial», quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas; o mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos poderes públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do «patrão» sobre o «assalariado», impedindo-o de se exprimir[20] .

6. Direitos subjectivos públicos e direitos subjectivos privados

A pergunta formulada, ou seja, a de saber se os direitos fundamentais têm eficácia nas relações jurídicas civis como *direitos privados* ou como *direitos subjectivos públicos,* responde-se geralmente no primeiro sentido. Esta conclusão parece ser lógica se partirmos das premissas da doutrina da *eficácia mediata:* o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objectivas efectiva-se no direito privado através dos meios jurídicos desenvolvidos neste ramos do direito (invalidade, subordinação à cláusula de ordem pública, ponderação dos princípios da boa-fé e da confiança). Mas também as doutrinas da eficácia imediata parecem lidar com o *instrumentarium* típico do direito civil. Esta «recepção civilizada» dos direitos, liberdades e garantias assenta em dois pressupostos questionáveis: (1) que os direitos subjectivos públicos só se concebem nas relações Estado-cidadão; (2) que os direitos, liberdades e garantias, como direitos subjectivos públicos, derivam imperativamente da lei. Em primeiro lugar, os direitos, liberdades e garantias são hoje *direitos subjectivos,* independentemente do carácter público ou privado; em segundo lugar, não se deduzem, com base em concepções imperativísticas, das normas legais. Por isso nada impede que eles valham como direitos subjectivos públicos na sua aplicação ao direito civil, se esta caracterização lhes trouxer uma maior dimensão prática. Desde logo, a de fundarem o direito de acesso aos tribunais para defesa desses mesmos direitos e a de exigirem a aplicação dos princípios constitucionais materiais, como exemplo, os princípios da exigibilidade e da proporcionalidade. Na falta de instrumentos jurídicos concretizado-res adequados, podem transferir-se para aqui os instrumentos do direito civil,

[20] Cfr., agora, JORGE MIRANDA, *O regime dos direitos, liberdades e garantias,* p. 78; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 279 ss

sem que isso signifique, neste ponto, a transposição da velha máxima referente às relações entre direito constitucional e direito administrativo, dizendo-se agora que o direito constitucional passa e o direito civil fica.

D I *ANALISE DO REGIME ESPECIFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS*

_ ***o*** *REGIME DAS LEIS RESTRITIVAS (Art. 18. °/2/3)*

Os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, neste caso, a necessidade de ponderação *(Abwàgung)* de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma *concordância prática* entre os vários bens ou direitos protegidos a nível jurídico constitucional. Estas tarefas de ponderação e de concordância prática são formas de *concretização* das normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização-restrição). A problemática da limitação de direitos é uma das mais importantes e complexas do direito constitucional e a ela se dedicarão as considerações subsequentes. Não se fará, porém, um estudo global das restrições, incidindo principalmente a nossa atenção no problema das restrições de direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga (cfr. art. 17.°), pois é relativamente a este tipo de direitos que a CRP estabelece uma disciplina ou regime particularmente cauteloso (cfr. sobretudo art. 18.°).

I — Delimitação do conceito de restrição 1. Localização da restrição

Uma ideia de primacial importância a reter em toda esta matéria é a seguinte: só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efectiva limitação do âmbito de protecção desses direitos (cfr. *supra,* Parte III, Cap. 2, B, as considerações sobre a estrutura da norma jurídica e sobre os momentos de concretização normativo-constitucional). Para se afirmar existência de uma autêntica restrição é necessário desenvolver um procedimento metódico destinado a iluminar as seguintes interrogações:

(1) Trata-se de efectiva restrição do *âmbito* de *protecção* de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?
(2) Existe uma *autorização* constitucional para essa restrição?
(3) Corresponde a restrição à necessidade de *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?*
(4) A lei restritiva observou os *requisitos* expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstracção, não retroactividade, garantia do núcleo essencial?)

2. As instâncias do procedimento de restrição

Da série de interrogações anteriormente formuladas deduzem-se já as *instâncias ou graus* constitutivos do procedimento (interpre-tação-aplicação) de restrição de direitos, liberdades e garantias:
1." instância: delimitação do âmbito de protecção da-norma;
2." instância: averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição;
3." instância: controlo da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema dos limites de limites).

II — A determinação do âmbito de protecção

Só deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o *âmbito de protecção* das normas constitucionais consagradoras desses direitos. A primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura de uma norma constitucional concretamente garantidora de direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa protecção — *âmbito de protecção da norma* — e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imedia-tamente estabelecida pela própria constituição — *restrição constitucional expressa* — ou se a constituição *autoriza* a lei a restringir esse âmbito de protecção — *reserva de lei restritiva.*
Esta operação é uma tarefa metódica, cujas regras não apresentam qualquer modificação substancial relativamente ao procedi-

niento metódico geral de concretização de normas constitucionais (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 3). Exs.: (i) perante uma lei eventualmente restritiva da liberdade de profissão (cfr. art. 47.°) é necessário delimitar o âmbito de protecção da norma consagradora desta liberdade, e, através deste procedimento delimitador, concluir que os bens protegidos por essa norma abrangem apenas as actividades lícitas (mesmo se elas forem económica, social e culturalmente neutras ou irrelevantes), ficando de fora do âmbito de protecção as actividades ilícitas («passador de droga», «prostituição», «contrabandista»); (ii) o procedimento determinador do âmbito de protecção do direito de reunião (cfr. art. 45.°) deve ter em conta a existência de limites estabelecidos pela própria lei fundamental («reuniões pacíficas e sem armas»). Consequentemente, uma lei proibitiva do «contrabando» ou da «prostituição» não é uma verdadeira lei restritiva da liberdade de profissão, pois o âmbito desta não se estende a actividade criminosas ou ilícitas; do mesmo modo, uma lei proibitiva de reuniões armadas não é, em rigor, uma lei restritiva do direito de reunião, pois é a constituição a estabelecer expressamente como elemento constitutivo do *«Tatbes-tand»* do direito de reunião a sua natureza pacífica [21].

III — Restrição de direitos

Uma vez concluída a tarefa metódica de delimitação do âmbito de protecção, impõe-se trabalho metódico correspondente à 2.ª instância: *averiguar o tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva.* Existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de protecção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direitos «diminuem» ou limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de protecção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de protecção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.

1. **Tipos de restrições**

A compreensão da problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias exige uma «sistemática de limites», isto é, a

[21] Cfr., em termos dogmático-jurídicos, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* p. 258.

análise dos *tipos* de restrições eventualmente existentes. Aqui vai pressupor-se a seguinte tipologia: (1) restrições constitucionais directas ou imediatas = restrições directamente estabelecidos pelas próprias normas constitucionais; (2) restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva); (3) limites imanentes ou implícitos (= limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos).

a) *Limites ou restrições constitucionais imediatos*

São positivados pelas próprias normas constitucionais garantido-ras de direitos. Exs.:

1 —Art. 45.°/l: estabelece como limite expresso do direito de
reunião o seu carácter pacífico e não armado;

2 — Art. 46.°: impõe limites expressos ao direito de associação
(proibição de associações de carácter militar, militarizado ou fascista).

b) *Limites ou restrições estabelecidos por lei*

Podem existir restrições legais quando os preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias admitem, de forma expressa, a possibilidade de restrições destes através da lei (reserva da lei restritiva). Exs.:

1 — Art. 47.71: autoriza a lei a estabelecer restrições à liberdade
de escolha de profissão justificadas pelo interesse colectivo;

2 — Art. 34.74: admite restrições a estabelecer por lei com fun-
damento em exigências de processo criminal relativamente à inviolabilidade de correspondência e telecomunicação.

c) *Limites imanentes ou limites constitucionais não escritos*

O reconhecimento destes limites é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens. Ex..

— Art. 58.°: embora a constituição não admita limites ao direito de greve, justificar-se-iam limites constitucionais não escritos a fim de se salvaguardarem outros direitos ou bens constitu-cionalmente garantidos (exigência de garantia de serviços mínimos em hospitais, serviços de segurança).

2. Estrutura das normas restritivas

a) *Estrutura das normas constitucionais imediatamente restritivas de direitos*

Dos exemplos referidos no número anterior pode deduzir-se a estrutura das normas constitucionais imediatamente restritivas de direitos. Estas normas são, ao mesmo tempo, *normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos:* (1) *são normas de garantia* porque garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de protecção a determinado direito (ex.: art. 45.°/l — «Os cidadãos têm o direito de se reunir......); (2) *são normas restritivas* porque estabelecem imediatamente limites ao âmbito de protecção (ex.: art. 45.°/l — «Os cidadãos têm o direito de se reunir pacificamente e sem armas»). Estes limites ou restrições imediatamente criados pelas normas constitucionais conexionam-se intrinsecamente com a norma de garantia, pois é da sua articulação (norma de garantia/norma restritiva) que se deduz o âmbito de protecção concretamente garantido pelos preceitos constitucionais.

O legislador não está impedido de reproduzir, nos actos legislativos, os limites directamente impostos pela constituição. Todavia, a lei não cria, nestas hipóteses, limites; «ilumina» ou revela, de forma não constitutiva, os limites constitucionais expressos *{lei declarativa* de limites constitucionais expressos).

b) *Estrutura da reserva de lei restritiva*

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos liberdades e garantias através de lei, fala-se em direitos sujeitos a *reserva de lei restritiva.* Isto significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma *norma de garantia,* porque reconhece e garante um determinado âmbito de protecção ao direito fundamental; (2) uma *norma de autorização de restrições,* porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de protecção constitucionalmente garantido. No sistema constitucional português a lei restritiva só pode ser uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado do Governo (cfr. art. 168.71/c). É questionável se a lei de AR ou o decreto-lei autorizado do Governo podem «delegar» a regulamentação das restrições, total ou parcialmente, em entidades estaduais com poderes regulamentares *(regulamentos restritivos de direitos mediante*

autorização legal) ou em administrações autónomas, dotadas também de autonomia normativa (exs.: Câmaras Municipais). As regras fundamentais a observar são as seguintes: (1) só a lei da AR (art. 168.°/l/c) pode ter a iniciativa de estabelecer limites aos direitos, liberdades e garantias com base na autorização constitucional expressa de restrição: (2) a lei da AR pode limitar-se, por sua vez, a ser uma lei de autorização ao Governo no sentido de este estabelecer, através de decretos-leis autorizados, restrições a direitos, liberdades e garantias, mas deve sempre definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização (cfr. art. 168.°/2); (3) em qualquer das hipóteses, ou seja, no caso de direitos restringidos directamente por lei ou no caso de limitação através de decretos-leis autorizados, é a estes actos legislativos que compete estabelecer uma regulamentação suficientemente *determinada e densa,* incidente sobre os aspectos *essenciais* das restrições, ficando excluída a possibilidade de regulamentos independentes ou autónomos (cfr. arts. 115.°/6 e 7 e 242.°).

A limitação de direitos fundamentais através de regulamentos foi debatida pelo TC n.° Ac. 74/84, *DR,* I, de 11-9-84, que declarou «com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do art. 2.° da Postura da Câmara Municipal de Vila do Conde sobre propaganda de carácter político--partidário, constante do edital de 30 de Abril de 1979 por violação dos arts. 37.°/l e 2, 18.°/2 e 167.°, alinea c), da Constituição (este último preceito na redacção de 1976).» A mesma doutrina foi reafirmada no AC. do TC n.° 248/86, DR, 1, 15-9. Nalguns casos, os regulamentos das câmaras podem conformar, com alguma autonomia, certas matérias com implicações em sede de direitos, liberdades e garantias (ex. regulamentos de planos urbanísticos fortemente condicionadores do direito de propriedade). Sendo assim, a ideia de *regulamentos autorizados* proposta por VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia Regulamentar,* além dos limites apontados por este autor (limitações do núcleo fundamental das atribuições autárquicas, não afectação substancial do alcance normativo dos domínios constitucionais protegidos pela reserva de lei) deve ter em conta a natureza do direito, liberdade e garantia em concreto. Acima de tudo deve frisar-se que a distinção entre "regulamentação" e "restrição" — aquela a poder ser feita por regulamentos e estas apenas por actos legislativos — não deve escamotear o sentido do requisito constitucional: *a regulamentação* dos aspectos essenciais da restrição pertence à lei. Desta forma, se os regulamentos autorizados parecem adequar-se à «realidade urbanística», já nos merece reticências a sua extensão a domínios como a liberdade de expressão. Cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 298.

3. Estrutura dos limites imanentes

Da anterior análise sobre a estrutura de restrições dos direitos, liberdades e garantias pode retirar-se a seguinte conclusão: restrições

de direitos são *normas* limitadoras de *posições jurídicas* que, *prima facie,* se devem considerar como direitos, liberdades e garantias[22].

E quanto aos limites imanentes? Nestes não existe uma *norma* (constitucional ou legal) de restrição, e, por isso, a doutrina tem procurado a sua justificação de outras formas.

a) A *chamada «cláusula da comunidade» ou dos limites «originários ou primitivos» (KRUGER)*

Os «limites imanentes» justificar-se-iam em virtude da existência de «limites originários ou primitivos» que se imporiam a todos os direitos: (i) «limites constituídos por direitos dos outros»; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma «cláusula da comunidade» nos termos da qual os direitos liberdades e garantias estariam sempre «limitados» desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

Esta posição merece sérias reticências. Transferindo a possibilidade de restrições [23] para direitos, liberdades e garantias constitucio-nalmente consagradas sem qualquer «reserva de restrição», correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem os «direitos dos outros», as «exigências de ordem social» ou de «ordem ética», se colocar de novo os direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador [24]. Quer dizer: o giro coperniciano assinalado por KRUGER — «não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais» — acabaria por ser neutralizado, pois a «doutrina da regulamentação das liberdades» reapareceria encapuçada sob a forma de limites imanentes. Em termos práticos, isso equivaleria à reintrodução camuflada da vigência do art. 8.7§ 1, da Constituição de 1933, em substituição do art. 18.72 da Constituição de 1976. Onde se lê «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição» (CRP, art. 18.72) passaria a ler-se: «A especificação destes direitos e garantias não exclui quaisquer outros constantes da constituição ou das leis, entendendo-se que os cidadãos

[22] Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 254.

[23] Cfr. F. MULLER, *Juristische Methodik,* 3." ed., p. 63, que fala aqui em *«Schrankenubertragung».*

[24] Cfr. em termos incisivos, I. DE OTTO Y PARDO, in LORENZO MARTIN RETOR-TILLO /1. OTTO Y PARDO, *Derechos Fundamentales y constitucion,* 1988, p. 112.

deverão sempre fazer uso deles *sem ofensa dos direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da sociedade ou dos princípios da moral»* (Constituição de 1933, art. 8.7ss 1). De igual modo, é inadmissível tentar ladear o regime jurídico constitucional através do apelo ao art 29.° da DUDH.
O recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 29.°) e à figura dos limites imanentes conduz ou pode conduzir a soluções caricaturais como a do Ac 6/87, DR 11, 24/3 do TC, que entendeu não ser inconstitucional uma disposiSão do regulamento dos transportes automóveis que impõe ao pessoal que presta serviço nos veículos de transportes de passageiros a obrigação de se apresentar devidamente uniformizado e *barbeado.* O TC considerou que não havia inconstitucionalidade, pois as limitações ao «direito geral de personalidade» de que seria uma manifestação especial «o direito de a pessoa determinar a sua aparência externa» seriam permitidas através do recurso ao art. 29.° da DUDH. Em sentido crítico cf. Casalta Nabais "Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional» (sep.), Coimbra, 1990, p. 22.
b) *A teoria das «limitações horizontais»*
Um pouco semelhante à teoria anterior é a chamada «teoria dos limites horizontais» (Isensee) assente numa concepção restritiva de *Tatbestand.* O exercício de direitos, liberdades e garantias pressuporia logo uma «reserva de amizade» e de «não prejudicialidade», não como restrição dos direitos mas como limite dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos (exs. a liberdade de criação artística não se exerce sem observância dos «limites da propriedade»; a mesma liberdade de criação não pode ser exercida, por exemplo, no plano teatral, com um homicídio em pleno palco).
Não basta recorrer a «limites imanentes» para justificar uma concepção restritiva do *Tatbestand* de um direito. Mesmo em concepções alargadas do âmbito normativo de um direito, liberdade e garantia, se chegaria às mesmas soluções. O problema reside em que o «exercício de um direito» não está ja, de antemão, limitado por reservas de «amizade» ou de «não danosidade»; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia «insusceptível de restrições» é mesmo, *prima facie,* um direito sem reserva de restrições [25]. Todavia, *a posteriori,* através do jogo de «argumento e contra-argumento», da ponderação de princípios jurídico constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma *optimização* racional,
' Cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* p. 289.

controlável, adequada e contextuai, de várias constelações de princípios juridico-constitucionais. Esta optimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma *ponderação* de bens juridico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição. Nota-se, porém: esta ponderação assenta na ideia: (1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex. o «bem da saúde pública» não é superior ao «direito de greve»); (2) de que a ponderação é feita entre «bens constitucionais»; não é uma ponderação de valores extra-constitucionais, pois deve tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos [26]; (3) a optimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer «exercício abusivo», «arbitrário» ou «inespecífico» de um direito fora do respectivo âmbito de protecção [27], pois o problema dos «limites imanentes» é irresolúvel através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, só podendo construir-se como resultado de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados. Numa palavra: os *chamados* «limites imanentes» são o resultado de uma ponderação de princípios juridico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie,* cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, *prima facie,* no seu âmbito de protecção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) juridico-constitucionais — direito à greve, saúde pública, bem da vida —, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a «greve total» que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida. Do mesmo modo, o pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, *prima facie,* o direito de criação artística, mas, *a posteriori,* a ponderação de outros bens, a começar pela vida e integridade fisica do próprio pintor e a acabar noutros direitos como o exercício da actividade profissional

[26] Em termos um pouco sibilinos, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* p. 215, que considera os limites imanentes como autênticas fronteiras dos direitos fundamentais definidas pela própria constituição «que os cria e os *recebe».* Chegando, ao que nos parece, a resultados semelhantes aos do texto cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual* IV, p. 303.

[27] Afastamo-nos, assim, de F. MÚLLER, *Juristische Methodik,* 3." ed., p. 65; *Positivität der Grundrechte,* p. 100, que afasta do âmbito de protecção de um direito «modalidades de exercício não específico de direitos fundamentais». Cfr. a crítica pertinente de R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 284.

dos outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários à «existência» dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme naquelas circunstâncias, num direito definitivo.

O discurso do texto deixa entrever algumas mudanças de posição teoréti-cas relativas a cursos anteriores. Assim, passou-se a manejar o conceito de «ponderação de bens» como instrumento metódico de investigação e decisão que não tem de estar necessariamente ancorado numa teoria dos valores *(Wertordnung),* aqui decididamente rejeitada, quer no plano histórico quer no plano metodológico (como ordem hierárquica de valores constitucionais). Todavia, o recurso à «ponderação» como instrumento metódico tornava-se necessário, uma vez que não só a «dimensão objectiva» de princípios possibilitava a «optimização» de bens jurídico-constitucionais, mas também permitia resolver alguns problemas de limites e conflitos de direitos não reconduzíveis a uma tarefa de concordância prática. A isto acresce o facto de a «ponderação» conduzir a construções jundicamente controláveis não carecidas do *background* teorético e metódico de uma «teoria reduzida» do *Tatbestand,* ou seja, uma teoria que recorre à restrição do âmbito de protecção para solucionar questões delicadas de limites e colisões. Neste sentido, aproximamo-nos da proposta de R. ALEXY, *Theorie der Grun-drechte,* a favor de uma «teoria alargada do *Tatbestand»* e da utilidade da *Abwãgung,* sem os arcaísmos filosóficos e metodológicos da *Wertordnung* (autor cit., p. 138, 290). Utilizando a ideia de limites imanentes, mas sem o *background* teórico do texto e nem sempre rigorosa na sua retórica argumentativa, cfr. a jurisprudência constitucional portuguesa (Acs. TC 81/84, DR 11, 31/1/85; 236/86, DR 11, 12/11/86; 7/87, DR 1, 912187; 103/87, DR 11, 6/5/87). Sobre este último acórdão que nos merece as mais sérias objecções — cfr. *infra,* relações especiais de poder. Uma vista global da jurisprudência constitucional sobre os limites imanentes pode ver-se em CASALTA NABAIS, *Os direitos fundamentais,* p. 23 ss.

IV — Os limites dos limites

1. Enunciado do problema

Trata se agora de estudar ou analisar a 3.ª instância do procedimento da restrição de direitos. Depois de determinado o âmbito de protecção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através de lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados. As questões a debater são essencialmente as seguintes:

(1) Trata-se de uma *lei formal* e *organicamente* constitucional? Estamos perante uma lei da AR ou perante um decreto-lei autorizado do Governo?

(2) Existe autorização expressa da Constituição para o estabelecimento de limites através de lei? (art. 18.72);
(3) A lei restritiva tem carácter geral e abstracto? (art. 18.73);
(4) A lei restritiva tem efeitos retroactivos? (art. 18.73);
(5) A lei restritiva observa o *princípio da proibição do excesso,* estabelecendo as restrições necessárias para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? (art. 18.72, *infine);*
(6) A lei restritiva diminui a extensão e alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais? (art. 18.73, *infine).*
As interrogações precedentes apontam para a existência de *requisitos formais e de requisitos materiais,* positivados na constituição, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem imperativamente satisfazer. Estes requisitos podem estar contidos em regras ou em *princípios* da constituição. Os *requisitos formais* actuam como uma «zona de protecção formal» (exigência de lei da AR ou de decreto-lei autorizado, exigência de expressa autorização restritiva contida na constituição); *os requisitos materiais* pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípio da proporcionalidade, princípio da generalidade e abstracção, princípio de não-retroactividade, princípio da salvaguarda do conteúdo essencial).
2. Análise dos requisitos das leis restritivas
Trata-se de uma das operações metódicas necessárias para se evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias através de leis restritivas do respectivo âmbito de protecção. São vários os limites estabelecidos pelas normas constitucionais às leis limitativas de direitos (a doutrina alude aqui, na senda da doutrina germânica, a *limites de limites, «Schranken der Schranken»).*
2.1. *Exigência de autorização de restrição expressa* (art. 18.72)
O legislador não tem, no ordenamento jurídico-constitucional português, uma autorização geral de restrição de direitos, liberdades e

garantias. A lei fundamental individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Esta individualização expressa tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar *segurança jurídica* nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva.

Atrás disso, a exigência de autorização constitucional expressa visa exercer uma *função da advertência (Warnfunktion)* relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de direitos, liberdades e garantias, e constituir uma *norma de proibição,* pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos salvo os autorizados pela Constituição.

2.2. *O requisito de* *lei* *formal* (art. 18.72)

Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por *lei.* Articulando o art. 18.72 com outros preceitos da Constituição (arts. 165.72, 167.° e 168.°), a exigência da forma de lei para a restrição de direitos, liberdades e garantias tem um alcance jurídico-constitucional bem definido. A intervenção de um *acto legislativo* (e não de qualquer outro acto normativo) com a forma de *lei da AR* para a limitação de direitos, liberdades e garantias (art. 168.71-c) reafirma a ideia do Parlamento como órgão "amigo" das liberdades, e da "reserva de lei do Parlamento" como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos. Esta ideia explica também o acerto da orientação jurisprudencial detectada em vários acórdãos do TC: as restrições de direitos não fazem parte da competência normal do Governo, dos órgãos das regiões Autónomas e das autarquias locais. Quando a restrição for efectivada por *decreto-lei autorizado* do Governo (art. 168.71, 2, 3 e 4) este decreto-lei deve estar em conformidade com a lei de autorização (cfr. arts. 115.72 e 168.72). No entanto, existem alguns direitos, liberdades e garantias que só podem ser restringidos por lei da AR (alude-se nesta hipótese a «reserva de lei do parlamento»), incluindo-se aqui todos os direitos cuja regulamentação é de reserva absoluta de competência legislativa da AR (cfr. art.

O requisito de lei formal significa também, no direito constitucional vigente, a exigência de uma «cadeia ininterrupta de legiti-

a legal» relativamente aos actos que, concretamente, restrinjam
direitos, liberdades e garantias. Através desta exigência, exclui-se a possibilidade de limitações que não tenham fundamento na lei.

(1) Exemplos de casos de restrição legítimos, em virtude da existência de «cadeia de legitimidade legal»:

R
L, DL
Adm.
I L, DL
Adm.
I
R
I L, DL
Estatutos
I I I
L, DL
Adm.
I Estatuto
L, DL

(2) Exemplos de restrições inconstitucionais por ruptura da «cadeia de legitimidade legal»

Adm. I R
R
Est.
Act.
I Est.

No primeiro complexo de exemplos verifica-se que quer seja um regulamento (R) a adoptar medidas restritivas, quer seja um acto administrativo (Adm.), quer sejam estatutos, existe sempre um fundamento legal; no segundo complexo, verifica-se que, inconstitucionalmente, regulamentos, estatutos, actos administrativos e decretos legislativos regionais estabelecem restrições não baseadas em lei (cfr. Acs. TC n.° 74/84, *DR,* I, de 11-9-84, e 248/85, DR, I, 15-9, 37/87, *DR,* I, 17-3)[28].

2.3. O *requisito da generalidade e abstracção da lei restritiva* (art. 18.73)

Estabelece o art. 18.73 que as leis restritivas devem «revestir carácter geral e abstracto». Uma *lei geral e abstracta* é aquela que se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (destinatários) ou regula um número indeterminado ou indeterminável de casos. Uma *lei individual e concreta* é aquela que se dirige a um

[28] Esta cadeia de «legitimidade legal» pode, por vezes, implicar uma maior discricionariedade de concretização regulamentar como se verifica em alguns casos de regulamentos autárquicos, que Vieira de Andrade, *Autonomia Regulamentar,* p. 32. chama «regulamentos autorizados».

número determinado ou determinável de pessoas ou disciplina um número determinado ou determinável de casos.
Através desta caracterização de leis gerais e abstractas e de leis individuais e concretas podemos assinalar o alcance claro e inequívoco deste requisito: *proibição de leis de natureza individual e concreta restritivas de direitos, liberdades e garantias.* As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas) de natureza restritiva violam o princípio material da igualdade, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da *lei* pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso do poder legislativo e de violação do princípio da separação de poderes); (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normativização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1, A, princípio do Estado de direito) nem alternativas de acção e racionalidade de actuação.
A *lei individual restritiva inconstitucional,* por violação do art. 18.73, será, por conseguinte: (1) toda a lei que imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas *determinadas;* (2) imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pesssoas que, embora não determinadas, podem ser *determináveis* através da conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento da sua entrada em vigor.
O critério para a determinação da existência de uma lei individual restritiva não é a formulação ou o enunciado linguístico da lei, mas o seu conteúdo e respectivos efeitos. Podem existir *leis individuais camufladas* que formalmente contêm uma normação geral e abstracta, mas materialmente, isto é, segundo o conteúdo e efeitos, se dirigem, na realidade, a um círculo determinado ou determinável de pessoas.
Existem, também, *leis concretas não-individuais,* isto é, leis que não se referem a um círculo determinado ou determinável de pessoas, mas a um círculo determinado ou determinável de casos particulares (ex.: lei proibitiva de uma reunião ou manifestação, em que participam um número indeterminado ou indeterminável de pessoas). Independentemente de se saber se leis deste tipo são, apesar de tudo, e ainda, leis pessoais (pelo menos para os organizadores), é indubitável praticar-se, sob a forma de lei, um acto administrativo *(acto admi-*

nistrativo em forma de lei) que pode ser impugnado através de recurso contencioso (cfr. art. 268.74). Note-se que não cabem no âmbito da restrição do art. 18.73 as *leis-medida (Mafinahmegesetze)* (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão IV) a não ser que essas leis-medida se revelem leis restritivas individuais. Mesmo as leis individuais podem não ser inconstitucionais se, em vez de terem um conteúdo restritivo, atribuirem vantagens ou compensações a certas pessoas individualmente determinadas (ex. lei que concede uma pensão de sobrevivência às viúvas de bombeiros mortos durante o combate a incêndios). Estas leis individuais «beneficia-doras» ou «ampliativas» devem, porém, ser excepcionais sob pena de se violar o princípio da igualdades (cfr. Acs. TC 8/84 e 12/84, *Acórdãos,* Vol. 2, 74/84, *Acórdãos* Vol. 5, 201/86, *Acórdãos,* Vol. 7/2).

A problemática da exigência generalidade da lei como pressuposto da restrição de direitos, liberdades e garantias, para além de ser complexa, anda, muitas vezes, associada a outros problemas. Assim, e como resultou já do texto, é manifesta a relação da generalidade da lei com o *princípio da igualdade.* Esta relação não se estabelece apenas com o princípio da igualdade entendido como princípio da proibição do arbítrio, pois uma lei restritiva não arbitrária, mas individual, viola também o art. 18.°/3 da Constituição.

O requisito constitucional da generalidade é também indissociável da questão jurídico-dogmática das *leis individuais.* Leis individuais — repita-se — em sentido restrito, são aquelas que estabelecem benefícios ou prejuízos para certas e determinadas pessoas. Todavia, também se reconduzem à categoria de leis individuais aquelas leis que não se dirigem "como tal" a pessoas individualmente consideradas, mas que, em virtude dos efeitos jurídicos nelas previstos, estes só podem relacionar-se com certas e determinadas pessoas no momento da entrada em vigor da lei (a "doutrina alemã" fala aqui de *Einzel persongesetz* em sentido amplo). No texto esta problemática aparece relacionada com as leis individuais camufladas. As leis individuais chamam-se *leis concretas* quando estabelecem uma disciplina jurídica tendo em conta não pessoas individuais mas situações de facto determinadas ou determináveis (alude-se aqui, na doutrina germânica, a *Einzelfallgesetz).*

2.4. *O requisito da não retroactividade da lei restritiva* (art. 18.73)

O princípio da não retroactividade não é um princípio constitucional irrestritamente válido na ordem jurídica portuguesa (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1, A), mas é-o, sem quaisquer excepções, no que respeita a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ou de direitos análogos (cfr. arts. 18.73 e 17.°). Com a LC n.° 1/82 o princípio da não-retroactividade deixou de ser um princípio circunscrito ao âmbito penal (cfr. art. 29.°) para passar a princípio geral das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. As dificuldades eventualmente exis-

tentes, serão, para além das inerentes à própria configuração da retroactividade, as relacionadas com a determinação dos direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (que, por força do art. 18.°/3, passaram a beneficiar também da proibição de retroactividade das leis que eventualmente os restrinjam).

Um problema de relevante interesse prático é o de saber se a proibição de leis retroactivas restritivas de direitos, liberdades e garantias tem em vista apenas a retroactividade total ou autêntica *(echte Ruckwirkung)* — aplicação de uma nova lei a factos pertencentes ao passado e definitivamente estabilizados — ou se é extensiva também a *retroactividade parcial ou inautêntica (unechte RUckwirkung)* caracterizada pela aplicação imediata de uma lei a situações de facto nascidas no passado mas que continuam a existir no presente («quasi-retroactividade»). Hoje, a doutrina prefere falar em *retroactividade* e *retrospectividade.* Uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias será retroactiva *(Ruckbewirkung)* quando as consequências jurídicas atribuídas aos factos por ela regulados se produzem no passado, ou seja, numa data anterior à da sua entrada em vigor. É óbvio que esta retroactividade, em matéria de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, é inconstitucional, o que, de resto, já resultava dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I, 1). Todavia, também a retrospectividade — tomada em consideração de factos anteriores à entrada em vigor da lei — não pode deixar de ser inconstitucional, precisamente quando é arbitrária ou restringe direitos, liberdades e garantias. Assim, por exemplo, será inconstitucional uma lei que sujeita a imposto rendimentos recebidos antes da sua entrada em vigor e, que, face à legislação anterior, estavam isentos de tributação fiscal (retroactividade); é inconstitucional uma lei que vem estabelecer novos regimes de incompa-tibilidades entre cargos e mandatos electivos e aplicar esse regime a autarcas já eleitos (retrospectividade).

Foi precisamente o caso da L 56/90, de 5/9, sobre as incompatibilidades de cargos políticos e altos cargos públicos que estabeleceu uma nova incompatibilidade — entre presidente da câmara e deputado ao Parlamento Europeu —, mandando aplicar, imediatamente, esse regime aos presidentes e deputados já eleitos. O Tribunal Constitucional, Ac. 256/90, DR 11, n.° 184, *(«caso das incompatibilidades dos cargos políticos e altos cargos públicos»)* fugiu à questão da retroactividade e retrospectividade de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, considerando que a lei em causa não era inovatória.

Sobre as categorias de *Ruckwirkung der Rechsfolge* e *tatbestãndliche Ankniipfung,* cfr. FIEDLER, «Neuorientierung der Verfassungsrechtssprechung zum Ruckwirkungsverbot und zum Vertrauenschutz?», NJW, 1988, p. 1624;

VOGEL, «Rechtssicherheit und Ríickwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht, *JZ,* 1988, p. 833.

2.5. *O princípio da proibição do excesso* (art. 18.72)

Este princípio, atrás considerado como um subprincípio densifi-cador do Estado de direito democrático (cfr., *supra,* Parte IV, Cap. 1, A) significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da *necessidade* pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos «coactivo», relativamente aos direitos restringidos. O princípio da *proporcionalidade* em sentido restrito (= princípio da «justa medida») significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte «cargas coactivas» de direitos, liberdades e garantias «desmedidas», «desajustadas», «excessivas» ou «desproporcionadas» em relação aos resultados obtidos.

O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18.72, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.* A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de *concordância prática* justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre *o fim da autorização constitucional* para uma emanação de leis restritivas e o *exercício do poder discricionário* por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de *meios efins.* Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos das restrições* de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.

A questão, como se intui, coloca problemas complexos em sede de controlo concreto da constitucionalidade, se se interpretar a «necessidade», a «adequação» e a «proporcionalidade» da medida legal restritiva como uma questão de «mérito político» situada no âmbito de liberdade de conformação do legislador. Deve apurar-se um «sistema gradativo» de liberdade de conformação, pois: (1) há casos em que o legislador está estritamente vinculado, podendo afirmar-se que ele apenas possui uma *competência de concretização legislativa* (ex.: na definição do direito à liberdade e integridade física, o legislador só pode concretizar a defesa de «interesses constitucionalmente protegidos» nos precisos e estritos termos definidos pela CRP); (2) noutros casos, a competência de qualificação dos interesses públicos é já mais livre, mas, ainda assim, *positivamente vinculada* impedindo o legislador de limitar direitos em nome de interesses públicos não constitucionalmente protegidos (ex.: será inconstitucional a relativização do direito ao despedimento sem justa causa dos trabalhadores com base no interesse da «produtividade das empresas», pois este interesse não é um «bem superior» ou «prevalecente» constitucionalmente protegido).
A liberdade de conformação do legislador exige das entidades judiciais de controlo uma relativa prudência quanto à aplicação do *princípio da proibição do excesso,* mas elas não poderão abdicar de dar uma específica aplicação a este princípio, sobretudo quando está em jogo a apreciação de medidas especialmente restritivas (ex.: do exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição colectiva e a capacidade eleitoral nos termos do art. 270.°). O princípio da proporcionalidade terá ainda interesse para o eventual controlo preventivo da constitucionalidade da lei geral restritiva.

A relevância prática do princípio da proibição do excesso pode ser ilustrada através de alguns casos decididos pelo TC (Ver Acs TC 4/84, 703/84, 23/84, 225/88, 282/86).

2.6. *O princípio da salvaguarda do núcleo essencial* (art. 18.°/3)

A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe *um núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos. Para além desta formulação (pouco rica, de resto, relativamente ao conteúdo de informação), discutem-se fundamentalmente dois problemas:

(1) *qual o objecto de protecção:* o direito subjectivo individual ou a garantia objectiva?

(2) *qual o valor da protecção:* o núcleo essencial é um valor absoluto ou depende da sua confrontação com outros direitos ou bens?

a) *O objecto de protecção*
Existem aqui duas teorias em confronto. A *teoria objectiva* considera dever referir-se a protecção do núcleo essencial ao direito fundamental como norma objectiva e não como direito subjectivo individual. Por outras palavras: o objecto de protecção do preceito é a garantia geral e abstracta prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular. A *teoria subjectiva* toma como «referente» a protecção do núcleo essencial do direito fundamental na sua dimensão de direito subjectivo do indivíduo. De acordo com a primeira teoria, visa-se assegurar a eficácia de um direito fundamental na sua globalidade; de acordo com a segunda, pretende-se afirmar que, em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjectivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado.
A solução do problema não pode reconduzir-se a alternativas radicais porque a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter em atenção a função dos direitos na vida comunitária, sendo irrealista uma teoria subjectiva desconhecedora desta função, designadamente pelas consequências daí resultantes para a existência da própria comunidade, quotidianamente confrontada com a necessidade de limitação dos direitos fundamentais mesmo no seu núcleo essencial (exs.: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso). Todavia, a protecção do núcleo essencial não pode abdicar da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais e daí a necessidade de evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjectivo individual (ex.: proibição de prisão perpétua ou pena de morte, pois estas penas violariam o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida).
b) *O valor da protecção*
As orientações fundamentais aqui em confronto são também duas. *As teorias absolutas* vêem no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias *relativas* vêem no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens. De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em

face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador.
Também aqui não há alternativas radicais porque, em toda a sua radicalidade, as teorias relativas acabariam por reconduzir o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário [29]. Tudo o que fosse desproporcionado ou excessivo violaria o núcleo essencial. Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens.
c) *Indicação do direito constitucional positivo*
No plano constitucional positivo, as teorias objectivistas parecem ter a seu favor a própria letra do art. 18.73. Com efeito, o enunciado linguístico — «não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos *preceitos* constitucionais» — aponta para a necessidade de se considerarem os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias como normas de natureza e conteúdo objectivo. Esta indicação literal não invalida, porém, a razoabilidade da solução matizada anteriormente defendida.
Relativamente ao problema do valor absoluto ou relativo do núcleo essencial, é inequívoco que a Constituição não confunde o princípio da proporcionalidade (consagrado no art. 18.72, *in fine)* com exigência de salvaguarda do núcleo essencial (consagrada no art. 18.73, *infine).* Se é razoável o entendimento de o âmbito de protecção de um direito dever obter-se, caso a caso, tendo em conta outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, também é certo que a proibição da diminuição da extensão do núcleo essencial só terá sentido se constituir um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva (Cfr. Acs. TC 8/84, DR II, 3/5/86; 76/85, DR II, 816185; 31/87, DRII, 1/4/87).
[29] Além disso, poderiam conduzir a resultados inversos aos pretendidos: proteger-se apenas o «núcleo duro» e não todo o direito. Cfr. I. Otto y Pardo, in L. MartiN-Retortillo /1. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Comtitucion,* p. 132.

E I *CASOS ESPECIAIS DE RESTRIÇÃO* **1. Perda de direitos**

O sistema de protecção constitucional dos direitos fundamentais não tolera certas ideias como a da *perda de direitos fundamentais pela sua utilização abusiva.* Este instituto está previsto na Constituição de Bona (art. 18.°), nos termos da qual um cidadão pode ser privado de alguns direitos quando deles abusar para combater «a ordem fundamental livre e democrática» [30]. Dentro do mesmo espírito se insere a *Parteiverbot* (proibição e dissolução de partidos) prevista no art. 21.° da mesma Constituição. Subjacente à concepção da *Grundgesetz* está a velha ideia de que não «deve haver liberdade para os inimigos da liberdade», pois só assim, de forma «militante», se obterá a protecção da ordem livre e democrática e, portanto, dos direitos fundamentais. Uma tal concepção, que já se pretendeu transpor para a ordem constitucional portuguesa, em vez de contribuir para a protecção dos direitos fundamentais pode evoluir no sentido contrário. A proibição de partidos, a interdição profissional dos radicais *(Berufsverbot),* a exigência de lealdade dos funcionários, demonstra ser a instituição constitucional da perda de direitos fundamentais por utilização abusiva uma cláusula emergente de um integrismo autoritário. Ela é inadmissível na ordem constitucional portuguesa: (1) não está consagrada em nenhum preceito e o facto de se proibirem organizações que perfilhem a ideologia fascista (art. 46.°/4) não é qualquer indício relevante no sentido da funcionalização dos direitos fundamentais; (2) como se referiu, a Constituição portuguesa não aderiu a concepções funcionalistas puras de direitos fundamentais, não se podendo, portanto, afirmar, que os direitos devem ser exercidos de forma ideologicamente vinculada (por ex., em prol da ordem livre e democrática ou da construção do socialismo); (3) a ideia da perda dos direitos fundamentais pode conduzir à «morte cívica» do cidadão, o

[30] O art. 18.° da *Grundgesetz* dispõe assim: «Quem abusar da liberdade de expressão de opinião, designadamente da liberdade de imprensa (art. 5.°/l), da liberdade de ensino (art. 5.73), da liberdade de reunião (art. 8.°), da liberdade de associação (art. 9.°), do sigilo de correspondência, comunicações postais e telecomunicações (art. 10.°), de propriedade (art. 14.°) ou do direito de asilo (art. 16.°/2) para combater a ordem constitucional livre e democrática poderá ser privado do exercício destes direitos. A perda e o seu âmbito são fixados pelo Tribunal Constitucional.» Cfr., por último, M. Kutscha, *Verfassung und «streibare» Demokratie,* Kõln, 1979; G. Schmid, *Politische Parteien,* pp. 164 ss.

que é completamente incompatível com o sentido objectivo e subjectivo do catálogo dos direitos, liberdades e garantias consagrado na Constituição portuguesa[31].

2. Renúncia a direitos

As clássicas declarações de direitos referiam-se aos direitos inalienáveis e imprescritíveis. Todavia, ao lado do processo de rela-tivização dos direitos resultante da ideia clássica de *reglementation des libertes,* assistiu-se e assiste-se ainda a um processo paralelo de relativização através da ideia de *renúncia* a direitos fundamentais. Esta concepção está particularmente radicada nos casos referidos na exposição subsequente.

2.1. *Relações especiais de poder*

Nos casos de *relações especiais de poder,* a renúncia deduzir-se-ia do princípio *volenti non fit injuria.* Os cidadãos submetiam-se voluntariamente à diminuição dos seus direitos fundamentais.
Renunciavam, *ex voluntate sua,* aos direitos perturbadores desse estatuto especial. É uma concepção ultrapassada: (a) um militar, um funcionário, um estudante, ao ingressarem em certas relações especiais, não renunciam a qualquer direito, sendo o recurso à ideia de *sujeição voluntária* e de abdicação de direitos a face oculta de sobrevivência absolutista do «domínio do Estado» sobre os «súbditos» ao

[31] Uma denúncia enérgica das conclusões a que chegam a doutrina a jurisprudência e a prática política alemãs através do instituto da «perda de direitos fundamentais» por utilização abusiva ver-se-á em H. RIDDER, in J. MUCK, *Verfassungsrecht,* cit., p. 139, que fala de «excomunhão de cidadãos». MAUNZ-DURIG-HERZOG-SCHOLZ, *Kommentar,* comentário ao art. 18, n.° 78, recorrem aqui à subtileza da distinção entre *«Entpolitisierung»* e *«Entburgerlichung».* Cfr., M. KUTSCHA, *Verfassung und «streitbare Demokratie»,* Kõln, 1979. Procurámos denunciar os perigos desta concepção no nosso artigo «Ordem Constitucional, Partidos Políticos e Direitos Fundamentais», in *Nação e Defesa,* n.° 10 (1976).
Enérgica rejeição da «funcionalização» dos direitos fundamentais (mesmo para defesa do próprio regime democrático) pode ver-se também na doutrina italiana, em BARBERA, «Prinzipi Fondamentale», in G. BRANCA (org.), *Commentario delia Cos-tituzione,* Vol I, 1975, p. 105. Entre nós, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 275.

seu serviço; (b) mesmo a aceitar-se uma dimensão voluntária de restrição de direitos, a vontade pura do particular não pode conduzir a uma relativização completa do princípio da *reserva de lei.* Se a Constituição só permite restrição através de lei e nos casos nela expressamente previstos, seria fácil eliminar *a força dirigente* dos direitos fundamentais, imanente a esta reserva, se a vontade individual se sobrepusesse ao sentido constitucional da reserva e transformasse os direitos, liberdades e garantias em direitos totalmente disponíveis susceptíveis, *inclusive,* de renúncia [32]. As relações especiais do poder não legitimam uma *renúncia* a direitos fundamentais, admitem tão-só *limites acrescidos.*

2.2. *Renúncia contratual*

O princípio da autonomia contratual justificava, à semelhança do princípio *volenti non fit injuria,* uma redução do alcance do princípio da reserva de lei restritiva. Assim, reconhecer-se-iam como legítimas algumas renúncias a direitos fundamentais, expressa ou implicitamente consagradas no contrato de trabalho (ex.: obrigação de residência no local de trabalho, renunciando o operário à liberdade do lugar de habitação e deslocação, obrigação de renúncia ao descanso semanal, etc). Daqui se passa para a renúncia a direitos como: o direito a não ser despedido sem justa causa, o direito a não exercer funções sindicais, o direito a não fazer propaganda partidária ou até praticar uma profissão religiosa[33].

O problema vai entroncar na questão, já estudada, da eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, e no problema, há muito tra-

[32] Cfr. os problemas levantados pela reserva de lei nas relações especiais de poder em Jesch, *Gesetz und Verwaltung,* cit., p. 211; «Grundrechte im Gewaltverhältnis», in *JUS,* 1972, pp. 701 ss. Em relação aos militares, ver já Martens, *Grundgesetz und Wehrverfassung,* Hamburg, 1961, p. 17, e Erichsen, «Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung», in *Fests. fiir H. J. Wolff,* Munchen, 1973, pp. 219 e 246. Por último, entre nós, Liberal Fernandes, As *Forças Armadas e a PSP perante a Liberdade Sindical,* Coimbra, 1990.

[33] Cfr. as formas de renúncia e exemplos apontados por D. Conrad, *Freiheitrecht und Arbeitsverfassung,* Berlin, 1965, pp. 171 ss. Por último, cfr. M. Sachs, in *Verw Arch,* «Volenti non fit injuria», 1985, 398 ss; J. Pietzcker, «Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts», in *Der Staat,* 1978, p. 527 ss; G. Robbers, «Der Grundrechts-verzicht», *JUS,* 1985, p. 925; Bleckmann, «Der Grundrechtsverzicht», *JZ,* 1988, p. 57 ss.

tado pela doutrina, da *renúncia aos direitos de personalidade.* A orientação a seguir deve ser fundamentalmente *diferenciada:* (a) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; (b) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também *irrenunciáveis,* devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos; (c) os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações são, na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trata de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (cfr. arts. 53.° a 58.°); (d) a admissibilidade de uma auto-restrição mais ampla que a restrição legal está sujeita ao mesmo limite absoluto da reserva de lei restritiva — manutenção do núcleo essencial do direito afectado; (e) a autolimitação voluntária ao exercício de um direito num caso concreto (uma renúncia geral de exercício é inadmissível) deve considerar-se sempre sob *reserva de revogação* a todo o tempo; (f) uma solução *diferenciada* exige ainda que se tome em atenção o *direito fundamental concreto* e *o fim da renúncia.*
Da renúncia de direitos deve distinguir-se o *não exercício fác-tico* de um direito (não participar numa manifestação, não entrar em partidos políticos) e o não exercício por não utilização oportuna dos instrumentos de protecção jurídica (ex.: não interposição de um recurso no prazo legal).

3. Estatutos especiais

Nas considerações feitas atrás sobre os limites dos direitos fundamentais tivemos apenas em conta o chamado *estatuto geral dos cidadãos.* Mas há outras pessoas colocadas numa *situação especial* geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão como tal. Referimo-nos às chamadas *relações especiais,* tradicionalmente designadas por *relações especiais de poder* (ou até *estatutos de sujeição)*[34]. Como exemplos referem-se as situações dos funcionários públicos, dos militares e dos presos.

[34] Schmitthenner falava, em 1845, de «relações de sujeição orgânica», expressão que indica bem a compreensão inicial das relações especiais do poder como *espaços livres do direito* (tratava-se afinal de relações situadas na ordem interna do Estado e, portanto, no domínio do *não-direito).* A caracterização destas relações tem-se mantido obscura até à actualidade. Vide Podlech, *Das Grundrecht der*

Além de deverem ter fundamento na Constituição (cfr. art. 270.°), cumpre apurar sempre se a especificidade estatutária exige restrições aos direitos fundamentais *(princípio da exigibilidade).*
As relações especiais de poder são de diferente natureza e poderão exigir uma limitação do estatuto geral do cidadão em grau muito *diferenciado.* Assim, não se pode comparar o regime estatutário de um militar com o de um preso, nem o regime de um funcionário com o de um estudante. Isto é por vezes esquecido, como o demonstra a habitual e sistemática transferência dos princípios disciplinares dos funcionários para as relações dos estudantes nas escolas.
Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática e de ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais [35]. Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como «referência» instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr. art. 269.°, para a função pública, e art. 275.°, para as Forças Armadas, e Acs. do TC n °S 31/84, 75/85 e 103/87).
Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais *(irrenunciabilidade dos direitos fundamentais)* nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio* [36]. Trata-se tão-

Gewissensfreiheit und die besonderen Gewissensfreiheit und die besonderen Gewalt-verhältnisse, Berlin, 1969, pp. 44 ss., que justamente põe em relevo a inexistência de caracteres distintivos («intenção de expressão»), nas formações sociais a que se aplica o predicado «relações especiais de poder» (extensão do conceito) e as consequências jurídicas que dela se pretendem extrair (significado dogmático).

[35] Cfr. neste sentido HESSE, *Grundziige,* cit., p. 38; WOLF-BACHOF, *Verwaltungs-recht,* Vol. I, p. 269; J. V. MUNCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 1976, p. 28; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 238.

[36] A doutrina distingue aqui entre relações de serviço *(Betriebsverhältnis)* e relação fundamental *(Grundverhältnis).* Assim, ULE, *apud* ERICHSEN-MARTENS, *Allgemeine Verwaltungsrecht,* 1975, p. 139. Uma revisão das concepções relativas às relações especiais de poder foi efectuada por JESCH, *Gesetz und Verwaltung,* Tiibingen, 1961, p. 206, a partir do problema da reserva de lei. A doutrina clássica das relações especiais, divulgada sobretudo por OTTO MAYER, *Verwaltungsrecht,* 2." ed., Vol. I, 1914, Pp. 85 ss, é hoje considerada uma doutrina «grosseira» e já na própria época em que OTTO MAYER a defendeu se lhe apontava o defeito de criar uma «legalidade aparente».

-somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar pelo menos pressuposto) [37]. As restrições de direitos fundamentais justificadas com base numa relação especial de poder, mas sem fundamento na Constituição, serão, consequentemente, inconstitucionais. Assim, em face da CRP, só podem considerar-se constitucionais certas limitações dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição colectiva e capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo e na «estrita medida das exigências das suas funções próprias» (art. 270.°)[38].

É já, porém, inconstitucional a extensão de estatutos especiais a pessoas que não se inserem, propriamente, na *relação de serviço estatutária* (caso dos funcionários civis dos estabelecimentos militares). As leis reguladoras dos estatutos especiais só poderiam conter essas restrições se houvesse uma disposição constitucional autori-zatória (afinal, é isto que se exige para a restrição dos direitos fundamentais em geral) de teor semelhante ao art. 270.°.

A posição aqui defendida mereceu acolhimento na nossa jurisprudência constitucional. No Ac. do TC n.° 31/84 (in *DR,* I, de 17-4-84), declarativo da inconstitucionalidade de algumas normas legais referentes ao Regulamento Disciplinar do Pessoal Civil dos Estabelecimentos Fabris das Forças Armadas escreveu-se sugestiva e incisivamente: «O pessoal civil dos estabelecimentos fabris não tem um estatuto militar ou militarizado, daí que não possa falar-se, a seu respeito, de qualquer relação especial de poder no âmbito das Forças Armadas.

Aceita-se que valores comunitários tão importantes e constitucional-mente reconhecidos como é o caso da independência nacional e da garantia do Estado democrático, cuja salvaguarda pertence em primeira linha às Forças Armadas, possam conduzir a restrições ou compressões especiais de alguns direitos fundamentais de pessoas individuais. Porém, terão de obedecer tais restrições ou compressões aos requisitos gerais dentro dos quais elas são constitucionalmente consentidas. Admitindo-se que os estabelecimentos fabris das Forças Armadas devam qualificar-se como serviços públicos, e não como

[37] Acentua expressamente esta ideia, Hesse, *Grundziige,* cit., p. 138, devendo, por isso, rejeitar-se a tese de que as relações especiais de poder contêm uma «limitação específica e implícita dos direitos fundamentais».

[38] A possibilidade de restrição destes direitos não constava do texto de 1976. Foi introduzida pela LC n.° 1/82. Sobre o alcance da restrição cfr. Ac. do TC n.° 75/85.

empresas públicas (o que, como já se viu, não se concede), e tendo presente que o pessoal civil desses estabelecimentos não tem estatuto militar ou militarizado, em que é que o exercício do direito consagrado na alínea *a)* do n.° 2 do artigo 58.° da versão inicial da Constituição poe ou pode pôr em causa a eficiência e correcto funcionamento do serviço público?
Parece manifesto que neste domínio não se pode aceitar qualquer limitação ou restrição do direito das associações sindicais. Não é a lei que determina a esfera de exercício dos direitos dos trabalhadores, mas sim a Constituição. A não ser assim, não se fará uma leitura constitucional da lei, mas, ao contrário, uma leitura legal da Constituição.»
Posteriormente, no Ac. n.° 75/85 (in *DR,* I, de 13-5-1985), incidente também sobre o Estatuto do Pessoal Civil dos Serviços Departamentais das Forças Armadas, o TC volta a reiterar a doutrina correcta:
«É bem verdade que o artigo 270.° da Constituição prevê que a lei possa estabelecer restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, *associação* e *petição colectiva* e à capacidade eleitoral passiva *dos militares e agentes militarizados* dos quadros permanentes em serviço efectivo, na estrita medida das exigências das suas funções próprias» (itálico nosso).
Tais restrições, como é óbvio, destinam-se a garantir a disciplina das Forças Armadas, interesse de indiscutível relevância constitucional e cuja importância num verdadeiro Estado de direito democrático se não ignora.
Só que o legislador constituinte entendeu que a salvaguarda desse interesse, no que se reporta ao exercício dos direitos de associação (incluindo o de associação sindical) e de petição colectiva, apenas justificava o estabelecimento de restrições relativamente aos militares e agentes militarizados.
Ora o pessoal civil dos serviços departamentais das Forças Armadas nem é militar nem, na sua generalidade, se encontra militarizado.»
Um claro retrocesso é marcado pelo Ac 103/87, relativo à constitu-cionalidade de normas de diplomas referentes ao regime da Polícia de Segurança Pública (PSP). Por um lado, faz apelo à ideia de limites imanentes em termos tais que leva à aniquilação de direitos e não a uma ponderação de direitos e bens conflituantes. Por outro lado, recorre ao conceito de «âmbito subjectivo máximo» para concluir que os «polícias» não são trabalhadores. Vide as pertinentes críticas de Jorge Leite, «A Liberdade sindical dos profissionais da PSP. Notas a um Acórdão», in *RMP,* n.° 39 (ano 10), p. 9 ss, e de Liberal Fernandes, *As Forças Armadas e a PSP perante a Liberdade Sindical.* Coimbra, 1990. Parecendo dar guarida às posições do TC, cf. Casalta Nabais, *Os Direitos Fundamentais,* cit., p. 27. De um modo não muito claro, cfr., por último, A. Esteves Remédio, "Forças Armadas e Forças de Segurança -Restrições aos Direitos Fundamentais", in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional,* p. 371 ss.

F — VISÃO METÓDICA DO PROCEDIMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS

1.* Instancia

2.* Instancia

3." Instancia

Delimitação do âmbito normativo

Restrição ou limitação

Requisitos da lei restritiva (limites dos limites)

Delimitação do âmbito normativo e do âmbito de protecção do direito garantido pelas normas constitucionais.

Conteúdo: protecção actual contra actos lesivos das entidades públicas.

3.°

Natureza da pretensão:

defesa contra actos lesivos das entidades públicas.

4.°

Questão: foi efectivamente agredido o âmbito de protecção através de uma intervenção dos poderes públicos?

5.°

Caracterização do «acto de agressão»: trata-se, na realidade, de um acto restritivo de direitos, liberdades e garantias.

Articulação do âmbito de protecção e acto restritivo: o âmbito de protecção foi restringido por um acto de entidades públicas?

7."

Trata-se de uma restrição constitucional ou inconstitucional?

Individualização e determinação dos limites pelas normas da Constituição.

Finalidade dos limites estabelecidos pela Constituição: limitação do âmbito de protecção de um «direito» a fim de se garantirem outros direitos ou bens constitucio-nalmente protegidos.

3.°

Tipos: de que limites se trata?

a) limites *directamente* estabelecidos pela *Constituição'!*

b) limites estabelecidos por *lei* mediante autorização expressa da Constituição?

c) limites *imanentes?*

4."

Problema: demonstração da existência de uma autêntica restrição do âmbito de protecção através da própria Constituição ou da lei.

Limites da restrição: os limites estabelecidos por lei observaram os requisitos constitucionais das leis restritivas?

1.°

Quais são esses requisitos (limites) estabelecidos pela Constituição relativamente às leis restritivas?

Função: através de limites às leis restritivas visa--se evitar a aniquilação dos direitos por via da lei e garantir uma concordância prática entre direitos e bens constitucio-nalmente protegidos.

Problema: observou a lei restritiva os limites ou requisitos estabelecidos na Constituição para essas leis? (proporcionalidade, não re-troactividade, abstracção, ressalva do núcleo essencial?

CAPITULO 9

PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS

5.° — A CONFORMAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sumário

C) COLISÃO E CONCORRÊNCIA DE DIREITOS

I — Concorrência de direitos II — Colisão de direitos

1. Noção
2. Exemplos
3. Propostas metódicas

Indicações bibliográficas

A) DIREITO DA CONSTITUIÇÃO E DIREITO DA LEI

ALEXY, R. — *Theorie der Grundrechte,* 1986, p. 300 ss.
ANDRADE, VIEIRA J.C. — *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976,* p. 229 ss.
HESSE, K. — *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 16.° ed.,
1988, p. 26 ss.
MIRANDA, JORGE — *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, 1988, p. 300 ss. MÚLLER, F. — *Juristische Methodik,* 3.ª ed., 1989, p. 147 ss.
OTTO, I. / MARTIN-RETORTILLO, L. —*Derechos Fundamentales y Constitucion,* 1988, p. 95 ss. STERN, K. — *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* 111/1, 1988, p. 594.

B) CONFORMAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

BETHGE, H. — *Grundrechtsverwiklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren,* NJW, 1982, p. 1 ss.
CANOTILHO, GOMES J.J. — «Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra,* 1990.
HESSE, K. — *Grundzuge,* cit., p. 354 ss.
HUBER, H. — «Über die Konkretisierung der Grundrechte», in *Der Staat ais Aufgabe. Gedenkschrift fUr Max Imboden,* Basel/Stuttgart, 1972, p.
195.
MULLER, F. — *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer Grundrechtsdogmatik,* Berlin, 1969.
OSSENBUHL, F. — «Grundrechtsschutz im und durch Verfahren», in *Festschrift ftir K. Eichenberger,* 1982, p. 183 ss.
RHINOW, A. — «Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik», in *Recht ais Prozess und Gefuge. Fest.furH. Huber,* Bern, 1981,427.

C) COLISÃO E CONCORRÊNCIA DE DIREITOS

ALEXY, R. — *Theorie der Grundrechte,* cit., p. 82 ss.
ANDRADE, VIEIRA J.C. — *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976,* p. 220 ss. BLECKMANN, A. —*Allgemeine Grundrechtslehren,* p. 315.
MIRANDA, J. — *Manual,* IV, p. 304.
PIEROTH / SCHLINCK, B. — *Grundrechte, Staatsrecht,* 3.ª ed., 1987, p. 84. SCHNEIDER, H. — *Die Guterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grund-rechtskonflikten,* Baden-Baden, 1979.

A I *«DIREITO DA CONSTITUIÇÃO» E «DIREITO DA LEI» NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Um dos pontos mais complexos da dogmática jurídica dos direitos fundamentais prende-se com o problema das relações entre as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais e as normas legais que, a vários títulos, com elas se relacionam. Já atrás se deixou entrever a imbricação entre «direito da constituição» e «direito da lei» quando: (1) se aludiu à aplicabilidade directa das normas constitucionais (cfr., *supra,* Parte II, Cap. 2); (2) se salientou a necessidade de alguns direitos fundamentais carecerem de conformação legislativa (cfr., *supra,* Parte IV, Padrão II); (3) se analisou o regime das leis restritivas (cfr., *supra,* Parte IV, Padrão II); (4) se referiu o significado do princípio da democracia económica, social e cultural (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I).

As diversas expressões semânticas utilizadas para delimitar este núcleo problemático sugerem logo a grande diversidade de perspectivas: «realização ou efectivação dos direitos fundamentais», «actualização dos direitos fundamentais», «optimização dos direitos fundamentais», «conformação de direitos fundamentais», «garantia de direitos fundamentais», «direitos fundamentais a partir da concretização do legislador», «protecção dos direitos fundamentais com base em posições jurídicas constituídas pelo legislador ordinário»'.

A aproximação a esta problemática exige clarificação de ideias e de conceitos.

I — «Âmbito de protecção» e «conteúdo da protecção» dos direitos fundamentais

Ao iniciar-se o estudo das estruturas metódicas (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 3) houve já oportunidade de introduzir alguns conceitos

Cfr., por último, K. Stern, *Das Staatsrecht,* 111/1, cit., p. 594. Veja-se também a tentativa de Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III.

básicos. Agora trata-se de clarificar alguns desses conceitos no contexto dos direitos fundamentais.

1. «Âmbito de protecção», «Domínio normativo»

As normas consagradoras de direitos fundamentais protegem determinados «bens» ou «domínios existenciais» (exemplo: a vida, o domicílio, a religião, a criação artística). Estes «âmbitos» ou «domínios» protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: «âmbito de protecção» *(«Schutz-bereich»),* «domínio normativo» *(«Normbereich»),* «pressupostos de facto dos direitos fundamentais» *(Grundrechtstatbestánde).* De acordo com a terminologia anteriormente referida (Parte III, Cap. 3), preferimos falar aqui em «domínio normativo», para recortar, precisamente, aquelas «realidades da vida» que as normas consagradoras de direitos captam como «objecto de protecção»[2]. Este objecto de protecção reconduz-se, muitas vezes, a *actos* ou *comportamentos,* activos ou omissivos (exemplo: artigo 46.° — o direito de associação tem como objecto de protecção o acto de um indivíduo se associar — liberdade positiva — ou não se associar — liberdade negativa).

2. «Conteúdo» de protecção, «garantia», «efeito de protecção»

As normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem as «realidades de vida», os «dados reais» como... «dados» ou «realidades». Garantem ou protegem esses «dados reais», configurando *direitos subjectivos* (exemplo: direito à liberdade), *direitos de prestação* (exemplo: direito ao ensino, direito aos tribunais), *direitos processuais e procedimentais* (exemplo: direito a ser ouvido em processo penal ou em procedimento disciplinar), *garantias de instituto e garantias institucionais* (exemplo: protecção da maternidade, garantia da propriedade privada) e *direitos de participação* (exemplo: direito de participar na vida pública). Trata-se, como se vê, dos «efeitos jurídicos» que resultam do facto de uma norma recortar certos

[2] Cfr., K. Hesse, *Grundziige,* p. 26; Muller, *Juristische Methodik,* p. 147, 277. Entre nós, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 300 ss; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais,* cit., p. 229 ss.

«dados da realidade» como objecto de protecção. Para dar opera-tividade a essa protecção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos.

II — Conformação e restrição

Do estudo do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, poderia concluir-se, erradamente, que todas as normas legais (=normas «postas» por actos legislativos da Assembleia da República ou do Governo) são normas restritivas. Ora, a realidade é completa-mente outra: muitas normas legais pretendem completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais. Neste sentido, afirma-se a possibilidade de as normas legais conterem várias espécies de cláusulas desde as cláusulas de restrição até às cláusulas de direcção e realização. Impõe-se, assim, uma primeira distinção básica entre *normas legais restritivas* e *normas legais conformadoras.*

1. Normas legais restritivas e normas legais conformadoras

Entende-se por normas legais restritivas aquelas que limitam ou restringem posições que, *prima facie,* se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais. As normas legais conformadoras completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental[3] (exemplo: as normas do código civil «reguladoras» do direito ao casamento; as normas da lei sobre partidos densificadoras do conteúdo do direito de associação partidária).

Por vezes, designa-se como norma conformadora a norma legal que, de qualquer forma, estabelece uma disciplina jurídica incidente sobre o conteúdo de um direito fundamental. Neste sentido amplo, as normas restritivas seriam também normas conformadoras. Todavia, no sentido aqui conferido à «conformação de direitos», pressupõe-se que o legislador deixa imperturbado o «âmbito de protecção» (domínio e conteúdo), destinando-se a regulação legislativa a abrir possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus

Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* p. 300.

direitos fundamentais. Esta intervenção conformadora do legislador impõe-se, inequivocamente, quando os direitos fundamentais carecem, para o seu exercício, da *interpositio legislatoris* (exemplo: lei conformadora do direito de antena, lei conformadora do acesso aos registos informáticos). Alguns autores aludem aqui a «âmbitos normativos» carecidos de conformação jurídico-normativa *(rechtsnormgeprà-gten Schutzbereichen).* A conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para «garantir» o exercício de direitos fundamentais. A conformação dos direitos fundamentais impõe-se, neste contexto, como *tarefa da legislação*[4].

2. Conformação e concretização

Estes dois conceitos são, algumas vezes, utilizados como sinónimos. Noutros casos, os autores distinguem entre *conformação,* para designar a «intervenção legislativa» no campo de direitos fundamentais carecidos de regulação, e *concretização,* para qualificar a mediação legislativa no âmbito de direitos que dela não necessitam. Neste último caso, o direito pode ser exercido directamente, mas a lei alarga ou concretiza melhor o modo de exercício (exemplo: o direito de demonstração não carece de lei, mas pode haver leis concretizadoras desse direito, como por exemplo, a lei que regula a participação das manifestações às autoridades policiais para melhor exercício do referido direito). A distinção entre conformação e concretização nem sempre é clara, devendo reconhecer-se, por outro lado, que a conformação implica, em alguma medida, um pedaço de concretização[5].

3. «Conformação» e «regulação»

A Constituição portuguesa utiliza diversas expressões semânticas como «nos termos da lei» (exs.: arts. 26.°/3 e 32.°/4), «a lei define» (exs.: arts. 33.°/7 e 35.°/4 e 6), «a lei estabelecerá» (exs.: artigo 26.°/2), «segundo as formas previstas na lei» (exemplo: art. 34.72), «a lei regula» (exs.: arts. 36.72/7 e 39.75), «a lei fixa» (ex.: art. 52.72), «a lei estabelece» (ex.: art. 56.74) para significar: (1) a necessidade de conformação dos direitos fundamentais; (2) a autori-

[4] Cfr., K. Hesse, *Grundzuge,* **cit.,** p. 123

[5] Cfr., K. Hesse, *Grundzuge,* p. 123.

zação de restrição através de lei. Caso a caso, deve apurar-se se a remissão para a lei é apenas uma «remissão conformadora» ou se se trata de uma autorização de conformação-restrição (ex.: art. 26.73). Por vezes, distingue-se entre «regulação» e «restrição» ou melhor, entre «reserva de lei reguladora» e «reserva de lei restritiva», dizendo--se que, no primeiro caso, o legislador «limita internamente» um direito (artigo 36.72: a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento, o que quer dizer que a lei, entre outras coisas, regula os limites de idade nupcial) e, no segundo caso, o legislador «restringe externamente» um direito fundamental (exemplo: artigo 47.71: restrições impostas a partir de fora à liberdade de escolha de profissão). Esta distinção é perigosa e inexacta porque, em qualquer dos casos, se trata de «restrições impostas de fora» e como tais devem ser jurídico-constitucionalmente tratadas. O conceito de regulação é, além disso, mais extenso que o de restrição porque abrange os casos de simples «conformação»[6].

III — «Posições jurídicas constitucionais» e «posições jurídicas legais»

Um outro problema de especial dificuldade na dogmática dos direitos fundamentais é o de determinar quando as «posições jurídicas» garantidas (direitos subjectivos, prestações, procedimentos) ao indivíduo são posições alicerçadas autónoma e imediatamente nas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais —*posições jurídicas constitucionais* — ou posições estruturadas com base em normas legais — *posições jurídicas legais.* As primeiras são posições imediatas, derivadas da constituição, independentemente da lei; as segundas caracterizam-se por serem posições subjectivas, dependentes do direito legal.

Nalguns casos, as posições jurídicas fundamentais têm uma primeira dimensão concretizadora na Constituição (exemplo: artigo 68.73: as mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez... incluindo a dispensa de trabalho por período adequado), mas é a lei que fixa concretamente os termos precisos do exercício do direito (exemplo: L 4/84, de 5/4, art. 9.°, que fixa em três meses o período de licença de maternidade). A «posição jurídica originária» (da Constituição) é completada por uma «posição jurídica derivada» (da lei), colocan-

[6] Cfr., K. Hesse, *Grundzuge,* p. 124. No plano jurisprudencial, cfr., por ex., Ac. TC 99/88.

do-se o problema de saber (designadamente para efeitos da «proibição de retrocesso») se esta «posição derivada» pode ser livremente manipulada pelo legislador depois de ela estar estabelecida. Noutros casos, a «posição jurídica», embora tenha o «fundamento» num direito fundamental, alicerça-se autonomamente na lei (exemplo: o direito dos trabalhadores à manutenção da categoria profissional nos termos do Decreto-Lei n.° 49408, de 24/11, artigos 21.71/d e 23.°). Trata-se, aqui, de posições jurídicas legais. Finalmente, as posições jurídicas são exclusivamente constitucionais quando são constituídas, de forma directa, pelas normas consagradoras de direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer regulação legal, mesmo que esta exista para «concretizar» essa posição (exemplo: artigo 26.71 — o direito à cidadania implica o direito à renúncia à cidadania portuguesa, embora exista uma lei — Lei n.° 37/81, de 3/10, artigo 8.° — a regular esse direito de renúncia)[7].

IV — Posições jurídicas e deveres de entidades públicas

Algumas normas constitucionais consagram *deveres* de entidades públicas susceptíveis de serem regulados por lei e estreitamente associados ao próprio exercício dos direitos fundamentais (exs.: art. 208.71, «dever de fundamentação das decisões dos tribunais; art.
266.72, dever de actuação dos órgãos e agentes administrativos com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade; art. 268.73, dever de fundamentação dos actos administrativos lesivos de direitos, liberdades e garantias).

Trata-se de *deveres não relacionais*[8] a que não correspondem direitos subjectivos por parte dos cidadãos. Problema diferente é o de saber se estes deveres constitucionais considerados como «pressupostos» de direitos, liberdades e garantias (ou direitos de natureza análoga) são susceptíveis de serem ainda incluídos no âmbito de protecção desses direitos. Rigorosamente, além de se tratar de deveres não relacionais, eles podem ter uma *extensão e intensão* diferente da dos direitos, liberdades e garantias que com eles estão intimamente relacionados (ex.: o dever de fundamentação de decisões dos tribunais ultrapassa a dimensão subjectiva do «direito de acesso dos tribunais» e do «direito a uma decisão materialmente fundada»; o dever de funda-

[7] Sobre esta matéria, cfr., por último, STERN, *Das Staatsrecht,* 111/1, cit., p. 594 ss.

[8] Cfr. o nosso estudo, *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais,* cit., p. 30. Cfr. também JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 164.

mentação dos actos administrativos não é apenas um «instrumento», -ou, se se preferir -, uma dimensão) do recurso contencioso). Todavia, se estes deveres não se «transmutam» em direitos e se podem ser regulados pelo legislador com ampla margem de liberdade, eles não se divorciam totalmente de algumas dimensões subjectivas dos direitos, liberdades e garantias (ex.: do direito de acesso aos tribunais, do direito de conhecimento das resoluções definitivas sobre procedimentos a correr perante a administração em que o particular seja directamente interessado, do direito de recurso contencioso).

B I *CONFORMAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA ORGANIZAÇÃO, PROCEDIMENTO E PROCESSO*

I — Organização e procedimento

As relações entre direitos fundamentais e direito legal discutem-se também, na recente dogmática constitucional, a propósito das formas de interacção entre *direitos fundamentais, organização e procedimento.* O conceito de *organização* interessar-nos-á aqui como ordenação e conformação interna de unidades organizatórias (exemplo: organização do serviço público de radiodifusão, organização das universidades). O conceito de *procedimento* é acolhido no sentido de um complexo de actos: (1) juridicamente ordenados; (2) destinados ao tratamento e obtenção de informação; (3) que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares dos poderes públicos; (4) serve para a preparação da tomada de decisões (legislativas, jurisdicionais, administrativas). Fala-se, assim, em procedimento disciplinar, procedimento de elaboração de planos urbanísticos, procedimento de concursos públicos (cfr. *infra).*

II — Aproximação tipológica às formas de interacção entre direitos fundamentais, organização e procedimento

1. Direitos fundamentais procedimentalmente dependentes

Uma primeira e importante forma de interacção entre direitos fundamentais e procedimento é a que se verifica nos casos de *direitos*

fundamentais procedimentalmente dependentes[9]. Trata-se de direitos carecidos de um procedimento intrínseco, necessariamente conforma-dor e condicionador da própria eficácia subjectiva dos direitos fundamentais (exemplo: o exercício do direito de acesso aos dados informáticos nos termos do artigo 35.74 «depende» da lei)[10].

2.0 procedimento como pré-efeito da garantia do direito fundamental

Em certos direitos impõe-se a existência, com valor preventivo, de um procedimento a criar por lei, e que sirva de «guarda de flanco» de posições jurídico-materiais garantidas pelos próprios direitos fundamentais. O artigo 56.76, por exemplo, remete para a lei a garantia de protecção adequada aos representantes eleitos dos trabalhadores, suscitando-se o problema de saber se a lei não deverá estabelecer um procedimento traduzido na exigência de acção judicial prévia e consequente reserva de decisão judicial em casos de despedimento de trabalhadores nas referidas condições[11]. Neste caso, coloca-se ainda o problema de saber se a posição garantida por lei é ainda uma posição constitucional fundamental mediata (concretizada por lei) ou se estamos perante uma posição exclusivamente legal (cfr. *supra).*

3. A organização justa como instrumento funcional da realização dos direitos fundamentais

As condições reais em que se desenvolve a eficácia de um direito fundamental apontam para a necessidade de a lei criar estruturas orga-nizatórias funcionalmente efectivantes desse direito fundamental (exemplo: o artigo 38.74 aponta para a definição legal de uma organização, «estrutura e funcionamento» dos meios de comunicação social do sector público, a fim de se salvaguardar a sua independência perante

[9] Cfr. OSSENBÜHL, «Grundrechtsschutz in und durch Verfahren», in *Festschrift ftir Eichenberger,* 1982, p. 183. Entre nós, por último, VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação dos actos administrativos,* p. 185 s.

[10] Cfr. Ac. TC 687/89, DR I, de 2 de Março, que «deu por não verificado o não cumprimento da Constituição por omissão da medida legislativa prevista no n.° 4 do seu artigo 35.°, necessária para tornar exequível a garantia do mesmo artigo».

[11] Cfr. Ac. TC 107/88, DR I, de 26 de Maio *(«caso das leis do trabalho»)* e Ac. TC 320/89, DR I, 4/4/89 *(«caso das eleições directas para o Parlamento Europeu»)-*

os poderes públicos, e se assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião)[12].

4. Status activus processualis **ou garantia dos direitos fundamentais através da participação no procedimento**

A garantia dos direitos fundamentais exige, para a sua realização, uma participação no procedimento *{Teilhabe durch Verfahrerí).* Daí a necessidade de as leis dinamizarem dimensões participatórias procedimentais a fim de, através de um *due process,* se garantirem eficazmente posições jurídicas fundamentais. Para além dos clássicos direitos processuais (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I), a *Verfahrensteilhabe* (participação procedimental) alargou-se aos procedimentos legislativos e administrativos (cfr. CRP, artigos *54.°/5/d,* 56.72/c e 267.°). A intervenção legal, regulando a forma de participação, torna-se, assim, decisiva para assegurar o *status activus processualis* (cfr., por exemplo, DL 69/90, de 2/3, regulador da participação dos cidadãos na elaboração de planos urbanísticos; L 10/87, de 4/4 — Lei das Associações de Defesa do Ambiente — legitimadora das associações de defesa do ambiente para intentar acções destinadas a defender o direito fundamental ao ambiente).

5. O *status interactivus socialis* **ou o procedimento nas relações horizontais**

Atrás, ao falar-se da vinculação de entidades privadas pelas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias, aludiu-se à eficácia destes direitos através da lei na ordem jurídica privada. Perante as dificuldades de efectivação de uma eficácia externa imediata ou directa, ao legislador cabe um importante papel na dinamização da vinculação de entidades privadas (eficácia mediata). Trata-se de uma subespécie de «direitos procedimentalmente caracterizados», com a diferença de, agora, estarmos perante procedimentos incidentes nas relações jurídicas privadas (exemplo: leis de trabalho proibitivas da «cláusula de celibato»; leis eleitorais asseguradoras da igualdade de oportunidades, obri-

[12] Cfr. Acórdão TC 53/88, DR I, de 28 de Abril *(«caso dos ajudantes de notário»),* onde se focava a estruturação/organização legal injusta (inconstitucional) do recrutamento, concurso e promoção dos ajudantes de notário.

gando, por exemplo, os jornais, as rádios, os proprietários de casas de espectáculos, à cedência de espaços para fins eleitorais).

6. O procedimento nos direitos a prestações

Se existe algum domínio onde a intervenção conformadora do legislador se impõe, esse é o do direito a prestações *(Leistungsrechte).* Estes direitos configuram-se, algumas vezes, como direitos de participação *(Teilhaberechte),* nos termos já anteriormente referidos (cfr. *supra).* Quando se alude, mais rigorosamente, a *Leistungsteilhaberechte,* procuram-se evidenciar os direitos a prestações financeiras, institucionais e materiais do Estado (exemplos: direito a bolsas de estudo, direito a prestações médicas, direito a subsídio de desemprego). A mediação legislativa reguladora de prestações destina-se a garantir o próprio exercício de direitos fundamentais (direito à escola, direito à saúde, direito ao emprego). A estreita conexão entre direitos fundamentais e direitos legais, asseguradores de uma «quota-parte a prestações», coloca-nos, de novo, perante o problema, atrás mencionado, da distinção entre posições jurídicas fundamentais imediatas e posições jurídicas fundamentais mediatas[13].

7. Procedimento e garantias de instituto ou de garantias institucionais

O conteúdo de protecção dos direitos fundamentais traduz-se, noutros casos, no reconhecimento e protecção de garantias de instituto e de garantias institucionais (cfr., *supra,* Parte II, Cap. 2). Também o reforço ou eficácia destas garantias aponta, muitas vezes, para a mediação legislativa. Assim, por exemplo, a garantia da maternidade (artigo 68.72/ e 3) implica a *interpositio legislatoris* com a finalidade de se determinar qual o prazo de dispensa do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto; a garantia da propriedade privada pressupõe a existência de leis definidoras da justa indemnização em casos de expropriação ou nacionalização, ou reguladoras do direito de reversão nos casos de a expropriação ou nacionalização deixarem de estar afectas à utilidade pública justificativa das medidas ablatórias da expropriação e nacionalização. Como é de intuir, estão aqui subjacentes os problemas dos direitos procedimentalmente dependentes.

[13] Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht,* III/l, cit., p. 603 ss.

C I *COLISÃO E CONCORRÊNCIA DE DIREITOS*

I — Concorrência de direitos

A concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os «pressupostos de facto» *(«Tatbestände»)* de vários direitos fundamentais.

Como se verá na cadeira de Direito Criminal, a concorrência de direitos fundamentais corresponde, em certa medida, à figura do *concurso ideal.* Aqui o problema ultrapassa-se, por vezes, através da fixação de uma concorrência legal que exclua a acumulação de normas. Cfr., no direito criminal, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal,* Vol. 2.°, p. 30 ss. Com clarificações dogmáticas, relativamente ao conceito de «concorrência de normas cumulativas» («concorrência ideal») e a sua aplicação no âmbito dos direitos fundamentais cfr. M. DEGEN, *Pressfreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie,* Berlin, 1981, p. 277 ss [14].

Uma das formas de concorrência de direitos é, precisamente aquela que resulta do *cruzamento* de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de protecção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem, em certa medida e em certos sectores limitados, uma «cobertura» normativa igual. Exemplifiquemos: o direito de expressão e informação (artigo 37.°) «está em contacto» com a liberdade de imprensa (artigo 38.°), com o direito de antena (artigo 40.°) e com o direito de reunião e manifestação (artigo 45.°). Da mesma forma, o direito de formação de partidos políticos (artigo 51.°) está «em contacto» com a liberdade de associação (artigo 46.°) e com a liberdade de expressão e informação (artigo 37.°).

Outro modo de concorrência de direitos verifica-se com a *acumulação de direitos:* aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado «bem jurídico» leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a «participação na vida pública» é erigida pela CRP em «instrumento de consolidação do regime democrático» (cfr. artigo 112.°). Para se obter uma eficaz protecção deste «bem constitucional» é necessário *acumu-*

[14] Na manualística cfr. BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehren,* p. 315; PIEROTH / SCHLINCK, *Grundrechte. Staatsrecht,* II, 3.ª ed., p. 84.

lar no cidadão vários direitos que vão desde o direito geral de «tomar parte na vida pública e na direcção dos assuntos políticos do país» (artigo 48.°) até ao direito de sufrágio (artigo 49.°), passando pela liberdade partidária (artigo 51.°), o direito de esclarecimento e informação sobre os actos do estado e gestão de assuntos públicos (artigo 48.72), o direito de petição e acção popular (artigo 52.°) e o direito de reunião e manifestação (artigo 45.°).

O problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a *limites divergentes (Problem der schrankendivergenten Grundrechte),* devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo. Exemplo: na discussão sobre o *numerus clausus* relativo ao acesso à Universidade têm sido invocados vários direitos com limites divergentes: a liberdade de aprender (artigo 43.°) e o direito ao trabalho (artigo 58.°), não sujeitos a reserva de lei restritiva, e o direito de escolha de profissão ou género de trabalho (artigo 47.°) em relação ao qual a CRP admite «restrições impostas pelo interesse colectivo ou inerente à própria capacidade», e o direito de acesso aos graus mais elevados de ensino (prevendo aqui a CRP restrições resultantes das necessidades do país em quadros qualificados — artigo 76.°).

Os *tópoi* orientadores nesta problemática serão apontados nas alíneas seguintes.

a) *A solução da concorrência quando existem normas constitucionais especiais.*

Existe concorrência inautêntica «ou parcial» quando uma das várias normas consagradoras de direitos fundamentais é uma norma especial em relação às outras. Assim, por exemplo, o princípio da igualdade (artigo 13.°) não colide com a protecção acrescida dos representantes eleitos dos trabalhadores em caso de despedimento (artigo 55.76)[15].

b) *Prevalência dos direitos fundamentais menos limitados ou que reunam em maior grau elementos estruturantes de um dos direitos.*

Nos casos de concorrência de direitos com limites divergentes mas sem existir entre eles uma relação de especialidade, os critérios

[15] Cfr. Acs. TC 126/84, DR II, 11/3/85; 309/85, DR II, 11/4/86; 18/86, DR H, 24/4/86; 64/86, DR II, 3/6/86.

mais sufragados são o da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro. Não se trata de estabelecer uma «escala de valor» entre dois ou mais direitos fundamentais concorrentes mas de verificar: (1) se um dos direitos fundamentais está sujeito a reserva de lei restritiva e o outro é um direito sem «reserva expressa de lei restritiva»; (2) através da comparação dos pressupostos de facto dos dois direitos, verificar qual a «pretensão» que o indivíduo pretende realizar de forma mais directa e imediata.
Assim, por exemplo, na apreciação das situações de emprego cumulativo («duplo emprego») deve tomar-se em conta não apenas a liberdade de escolha de profissão (artigo 47.°/I), sujeita a restrições, mas também a natureza do «outro» emprego (exemplo: actividade cultural, literária, artística) não sujeita a limites legais.

II — Colisão de direitos

1. Noção

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico *conflito* de direitos.
A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza.
Para uma melhor sistematização desta complexa e pouco estudada problemática é conveniente tomar como ponto de partida uma *tipologia* de *conflitos* de direitos constitucionais. Os *grupos* que, tendo como base a titularidade dos direitos e a natureza dos bens em conflito (direitos, posições, interesses), se podem descortinar, são os seguintes:
Grupo 1 — Colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais
Grupo 2 — Colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

2. Exemplos

a) *Colisão entre direitos*

São possíveis casos de colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais. Assim, por exemplo, *a liberdade interna de imprensa* (artigo 38.72.° que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação (cfr. artigo cit.), pode considerar--se em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas; a liberdade de criação intelectual e artística (artigo 42.71) é susceptível de colidir com outros direitos pessoais como o direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida familiar (artigo 26.°).

b) *Colisão entre direitos e bens jurídicos*

É hoje banal aludir-se à *referência comunitária dos direitos fundamentais* (cfr. *supra).* Em virtude desta referência necessária à comunidade, podem resultar conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. Não se trata de qualquer 'valor», «interesse», «exigência», «imperativo» da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um *objecto* (material ou imaterial) *valioso* (bem) considerado como digno de protecção, jurídica e constitucional-mente garantido. Nesta perspectiva, quando se fala em bens como «saúde pública», «património cultural», «defesa nacional», «integridade territorial», «família», alude-se a bens jurídicos constitucional-mente «recebidos» e não a quaisquer outros bens localizados numa pré-positiva «ordem de valores». Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucional-mente conferido o carácter de «bens da comunidade»[16].

A possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e bens da comunidade demonstra-se com os exemplos seguintes:

[16] Cfr., por último, em termos incisivos, I. De otto, in I. de Orro y Pardo / / L. Martin Retortillo, *Derechos Fundamentales y Constitucion,* cit., p. 112. Cfr. também, Jorge Miranda, *Manual,* IV, p. 304; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. III. Cfr. ainda, Badura, *Staatsrecht,* C, 23; Th. WOlfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken,* 1981, p. 116 ss.

(1) o direito de propriedade privada pode ser transmitido em vida ou em morte (artigo 62.°), mas o direito de transmissão e utilização é susceptível de vir a sofrer restrições impostas pela necessidade de defesa do bem «património cultural» (artigo 78.°/2/c).
(2) o bem da comunidade «saúde pública» (cfr. artigo 64.°) pode conflituar com direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito da deslocação (artigo 44.°).
(3) o bem jurídico «defesa nacional» (artigo 273.°) pode colidir com o direito à objecção de consciência (artigos 41.76 e 276.74).
Em algumas normas da CRP verifica-se a protecção do Estado como elemento da existência, organização, defesa e unidade de uma certa comunidade. Em primeiro lugar, garante-se a protecção da existência de Portugal como Estado. A «segurança existencial do Estado» é um bem legitimador de importantes restrições aos direitos fundamentais. É o caso da liberdade partidária (artigo 51.°) e de associação (artigo 46.°) que não podem pôr em causa, por exemplo, a «independência nacional» (cfr. artigo 273.72). A protecção do bem «defesa nacional», a cargo do Estado, conduz à colisão com alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade partidária (artigo 275.74) ou o direito à objecção de consciência (cfr. artigo 276.74). O bem «ordem constitucional democrática» pode levar à suspensão do exercício de certos direitos fundamentais (cfr. artigo 19.°). O bem «segurança pública» legitima certas restrições ao direito à liberdade e à segurança pessoal, designadamente através da instituição de medidas privativas de liberdade (artigos 27.° e 28.°).

3. Propostas metódicas

a) *Conflito entre direitos fundamentais susceptíveis de restrição*

Os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjectiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas.
O *Tatbestand* (o domínio normativo) de um direito é também sempre, em primeiro lugar, «um domínio *potencial»,* só se tornando um domínio *actual,* depois de averiguação das condições concreta-mente existentes.
A conversão de um direito *prima facie* em *direito definitivo* poderá, desde logo, ser objecto de lei restritiva, que, nos casos autoriza-

dos pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos.

b) *Conflitos entre direitos fundamentais insusceptíveis de restrição*

Os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com «mais restrições» do que os direitos restringidos directamente pela Constituição ou com autorização dela (através da lei). Sendo assim, pouco se adianta dizendo que a colisão de direitos é solucionada: (1) ou através de *limites imanentes* antepostos aos direitos, reduzindo-lhes, *a priori,* o âmbito normativo; (2) ou através da *limitação do âmbito de protecção,* tornando-se extensível o âmbito de protecção de um direito apenas a conteúdos ou efeitos que, sob uma perspectiva de concordância prática, não neutralizam ou aniquilam outros direitos ou bens colidentes; (3) ou através da ideia de *justificação de restrição,* conducente, em termos de concordância prática, à ideia de solução do conflito através da restrição de um dos direitos colidentes. Os conflitos de direitos (ou de bens e direitos) devem solucionar-se tendo em conta vários tópicos e vários exemplos.

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie.* Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da acção penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos cri-minógenos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir--se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é «filho do crime», podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez.

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do *direito constitucional de conflitos* deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência)* de um direito ou bem em relação a outro (DI P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso

do que outro (DI P D2)C, ou seja, um direito (DI) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)[17].

Note-se que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (exemplo: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (exemplo: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da iminência de enfarte na pessoa do acusado).

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de optimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A «ponderação» e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. MULLER), uma necessidade ineliminá-vel. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: «princípio da concordância prática» (HESSE); «ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes» (LERCHE). Cfr., por último, F. KAULBACH, «Experiment, Perspektive und Urteilskraft bei der Rechtserkenntnis», in *ARSP,* 1989, p. 455. Cfr. o nosso artigo "Direito Constitucional de Conflitos", in RLJ, ano 126 e, ainda, VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação,* p. 126.

[17] Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* p. 82 ss; BARILE, *Diritti delVuomo e liberta fondamentali,* 1984, p. 42. Na solução destes conflitos, a Declaração Internacional de Direitos do Homem serve, quando muito, como elemento de «ponderação» e nunca como elemento autónomo de restrição. Em sentido diferente, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 271.

CAPITULO 10

PADRÃO II: AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS 6.° — A PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sumário

C) PROBLEMAS ESPECÍFICOS NA PROTECÇÃO DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

I — As dimensões dos direitos económicos, sociais e culturais

1. Dimensão subjectiva

2. Dimensão objectiva

II — A dependência legal III — Os direitos derivados a prestações e a sua justiciabilidade

D) PROTECÇÃO INTERNACIONAL

1. O direito de recurso para a Comissão Europeia de Direitos do Homem
2. Exposição ao Comité dos Direitos do Homem
3. A protecção internacional dos direitos económicos, sociais e culturais

Indicações bibliográficas

A e B, C e D) MEIOS DE DEFESA

AMARAL, D. F. — «Direitos fundamentais dos administrados», in JORGE MIRANDA,
(org.), *Nos dez anos da Constituição,* Lisboa, 1987. ANDRADE, J. C. — *Os direitos fundamentais,* cit., p. 314 ss. ANDRÉ, A. — *Defesa dos direitos e acesso aos tribunais,* Lisboa, 1980. CARLASSARE, L. (org.) — *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali,* Pado-
va, 1988.

COSTA, J. M. —*A tutela dos direitos fundamentais,* Lisboa, 1981. FAVOREU, L. (org.) — *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux,*
Paris, 1982.

FIGUERUELO BURRIEZA, *El derecho a la tutela judicial efectiva,* Madrid, 1990. FONSECA, G. F. — «A defesa dos direitos. Princípio geral da tutela jurisdicional dos
direitos fundamentais», *BMJ,* 344 (1985), p. 11 ss. MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 251 ss. NOSETE, J. A. — *Proteccion procesal de los derechos humanos ante los tribunales
ordinários,* Madrid, 1987. PÉREZ, GONZÁLEZ — *El Derecho a la tutela jurisdicional, 2'* ed., Madrid, 1989.

C) **DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

ANTUNES, L. F. C. — *Mito e realidade da transparência administrativa,* Coimbra,
1990. CAUPERS, J. — *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição,*
Coimbra, 1985. CANOTILHO, J. G. — *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais,*
Coimbra, 1988.

MIRANDA, J. — *Manual,* IV, p. 260 ss. PALOMEQUE, M. — *Los derechos laborales en la Constitución espanola,* Madrid,
1991. CASCAJO, J. L. — *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Madrid, 1988.

A I *MEIOS DE DEFESA JURISDICIONAIS*[1]

A «garantia» dos direitos fundamentais encontrou já, ao longo deste curso, algumas reflexões problemáticas. Recordem-se os problemas da aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias (cfr. *supra,* Parte III, Cap. 2.°), as questões das garantias processuais em sede do princípio estruturante do Estado de direito (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I) e os problemas relacionados com a restrição, conformação e concretização dos direitos fundamentais (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão II). No presente Capítulo procurar-se-á abordar, de forma fragmentária, mais alguma da vasta temática dos instrumentos de protecção dos direitos fundamentais.

I — A garantia de acesso aos tribunais[2]

1. Protecção jurídica através dos tribunais

A garantia do acesso aos tribunais foi atrás considerada (cfr. Parte IV, Padrão I) como uma concretização do princípio estruturante

[1] Esta matéria é sintetizada de formas muito diversas pelos autores. Uns falam aqui de *garantias constitucionais* (cfr., por exemplo, ALESSANDRO PACE, *Problemática delle Liberta Costituzionale,* Padova, 1984); outros utilizam a expressão *tutela dos direitos fundamentais* (cfr., por exemplo, CARDOSO DA COSTA, *A tutela dos direitos fundamentais,* separata de Documentação e Direito Comparado); noutros casos, o enunciado linguístico preferido é o de *protecção dos direitos fundamentais* (cfr., por exemplo, K. A. BETTERMANN, *Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit,* in NEUMANN / BETTERMANN / NIPPERDEY / SCHEUNER, *Die Grundrechte,* Vol. III, p. 779; noutros casos prefere-se a fórmula *remédios dos direitos fundamentais* (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais,* p. 335). O que interessa é saber do que se trata, independentemente do maior ou menor rigor dos enunciados linguísticos: determinar e individualizar os meios e remédios à disposição dos cidadãos para garantirem a efectividade dos seus direitos e reagirem contra as violações dos mesmos.

[2] Cfr., para uma visão global da problemática, M. CAPPELLETTI / R. DAVID, *L'Accès a la Justice et 1'État Providence,* Paris, 1984, p. 93 ss; J. ALMAGRO NOSETE, *Constitucion y Proceso,* Madrid, 1984, p. 267 ss; GUILHERME DA FONSECA, «A defesa

do Estado de direito. Neste momento, trata-se apenas de estabelecer o conteúdo desta garantia jurídico-constitucional, sob o ponto de vista da defesa dos direitos fundamentais (cfr. CRP, artigo 20.°, 205.°/2 e 268.74 e 5).

Em termos sintéticos, a garantia do acesso aos tribunais (CRP, artigo 2O.°/l, e Decreto-Lei n.° 387-B/87) significa, fundamentalmente, *direito à protecção jurídica através dos tribunais.* A indicação do tribunal competente, bem como da forma e do processo, pertence ao legislador («margem de livre regulação do legislador»).

2. Protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada

A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma *protecção eficaz.* Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva «resposta» plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). O controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas «matérias ou questões de facto», não se devendo configurar como um «tribunal de revista» limitado à apreciação das «questões» e «vícios de direito». Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* («adequação temporal», «justiça temporalmente adequada»), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* — «a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça»[3] (cfr., *supra,* Parte IV, Padrão I). Note-se que a exigência de um *direito sem dilações indevidas,* ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente «justiça acelerada». A «aceleração» da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes

dos direitos. Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais» *BMJ,* 344, 1985, p. 11 ss; A. PEREIRA ANDRÉ, *A defesa dos direitos e o acesso aos Tribunais,* Lisboa, 1980; CARLOS LOPES DO REGO, "Acesso ao Direito e aos Tribunais", in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional,* 1993, p. 41 ss.

[3] Cfr. MARIA LUISA CASTAN «La polemica cuestion de la determinacion dei plazo razonable en la administracion de justicia», in *REDC,* 10 (1984).

— de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios — é condição indispensável de uma protecçãojurí-dica adequada (exemplo: prazos em caso de *Habeas Corpus,* apreciação da prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares)[4].

O Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais não garante, necessariamente, e em todos os casos, o *direito a um duplo grau de jurisdição* (cfr. Ac 38/87, in DRI, n.° 63 de 17/3/87; Ac 65/88, in DR II, n.° 192 de 20/8/88; Ac 359/86, in DR II, n.° 85 de 11/4/87; Ac 358/86, in DR II, n.° 85 de 11/4/87. Outros acórdãos no mesmo sentido: Ac TC, n.° 219/89, in DR II, n.° 148 de 30/6/89; Ac TC, n.° 124/90, in DR II, n.° 33 de 8/2/91; Ac. TC, n.° 340/90).

O direito a um duplo grau de jurisdição não *é, prima facie,* um direito fundamental, mas a regra — que não poderá ser subvertida pelo legislador, não obstante a liberdade de conformação deste, desde logo quanto ao valor das alçadas —, é a da existência de duas instâncias quanto a «matérias de facto» e de uma instância de revisão quanto a «questões de direito» (cfr. M. Wolf, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige,* 1987, p. 121 ss). A extinção de instâncias relativamente a processos pendentes pode colocar problemas relacionados com os princípios da protecção da confiança e do juiz legal (cfr. Ac TC 338/86, in DR II, n.° 65 de 19/3/87).

A jurisprudência do TC que considera incensurável a inexistência de duplo grau de jurisdição no que respeita à suspensão de eficácia de actos contenciosamente impugnados (cfr. Ac do TC, 65/88, in DR II, n.° 192 de 20/8/88 e Ac do TC n.° 202/90 in DR II, n.° 17 de 21/1/91, e artigo 103.7d do Decreto--Lei n.° 267/85) merece-nos muitas reticências. O processo de suspensão de eficácia dos actos administrativas, não obstante a sua íntima conexão com a interposição de recurso (cfr. Decreto-Lei n.° 267/85, artigo 77.°), é um processo jurisdicional distinto, na *causa petendi* e no *petitum,* tem uma natureza decisória autónoma, é susceptível de incidir de forma decisiva na solução material do litígio. Cfr., por exemplo, «Corte costituzionali e doppio grado di giurisdizione», in *Giurisprudenza Costituzionale,* 2/1982, p. 49 ss. Entre nós, cfr., por último, no sentido que nos parece mais defensável, Luciano Marcos, «Da inconstitucionalidade do art. 103.7d, da L.P.T.A.», in *Revista Jurídica,* 13/14 (1990), p. 41 ss.; C. Monteiro, "Suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo", in Ass. Aca. Fac. Direito de Lisboa, 1990; Maria Fernanda Maçãs, "A relevância constitucional de suspensão da eficácia dos actos administrativos", in *Estudos sobre a juris-prudência do Tribunal Constitucional,* Lisboa, 1993, p. 327 ss.

[4] Caso interessante de reconhecimento do direito à protecção jurisdicional sem dilações indevidas pode ver-se no Ac do STA, *Acórdãos Doutrinais,* 344/45, 1990, «omissão de pronúncia de sentença em prazo razoável».

3. Direito à execução das decisões dos tribunais

Finalmente, a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe a *exequibilidade das sentenças* («fazer cumprir as sentenças») dos tribunais através dos tribunais (ou, evidentemente, de outros órgãos), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado (CRP, artigo 208.72 e 3, e, em termos constitucionalmente claudicantes, o Decreto-Lei n.° 256/-A *111,* de 17 de Junho, artigo 5.° segs, e Decreto-Lei n.° 267/85, de 12 de Julho, artigo 95.° ss). Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática («dimensão objectiva»), mas também um *direito subjectivo público* do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compen-satórios (indemnização), medidas compulsórias ou «acções de queixa» (cfr. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 6.°), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais.

4. Dimensões garantísticas e dimensões prestacionais

A garantia do acesso aos tribunais perspectivou-se, até agora, em termos essencialmente «defensivos» ou garantísticos: defesa dos direitos através dos tribunais. Todavia, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional,* na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações («apoio judiciário», «patrocínio judiciário», dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos (CRP, artigo 20.°). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades[5].

[5] Note-se que o direito de acesso aos tribunais é mais restrito do que o direito de «acesso ao direito», pois este inclui o direito à informação jurídica, o direito ao funcionamento de gabinetes de consulta jurídica, etc. (cfr. Decreto-Lei n.° 385/87, artigos 7.71, 11.° e 15.°).

O Tribunal Constitucional considerou que o direito de acesso é inconstitucionalmente violado quando se condiciona o seguimento do recurso ao depósito prévio de certa quantia, não tendo o recorrente condições económicas para satisfazer esse pagamento. Cfr. Acs TC, n.os 318/85, 269/87, 345/87, 412/87, 30/88 e 56/88, in DR II, n.° 87 de 15/4/86; DR II, n.° 202 de 3/9/87; DR II, n.° 275 de 28/11/87; DR II, n.° 1 de 2/1/88; DR I, n.° 34 de 10/2/88 e DR II, n.° 188 de 16/8/88, respectivamente. No plano legal cfr. DL 387-B/87.

II — Garantia do recurso contencioso

1. Protecção jurídica individual

O artigo 268.74 da CRP garante aos particulares (cidadãos portugueses ou estrangeiros, pessoas físicas ou pessoas jurídicas) o *recurso contencioso* contra quaisquer actos administrativos ilegais, lesivos dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Trata-se de uma concretização da garantia de acesso aos tribunais (artigo 20.°), pois é configurada como *garantia de protecção jurisdicional* (dirige--se à protecção dos particulares através dos tribunais), e possui, ela própria, a *qualidade ou natureza de direito análogo* aos direitos, liberdades e garantias (CRP, artigo 17.°). Não obstante o texto constitucional considerar a ilegalidade do acto administrativo como fundamento do recurso, a abertura da garantia de recurso contencioso não deve conceber-se apenas como controlo da legalidade objectiva através dos tribunais, mas também como *protecção jurídica individual subjectiva*[6].

2. Garantia institucional

Além da sua natureza de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, a garantia de recurso contencioso configura-se também

[6] Cfr., entre nós, V. Pereira da Silva, *A natureza jurídica do recurso directo de anulação,* Coimbra, 1985; *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares,* Coimbra, 1989. Discutível é, porém, a afirmação da natureza exclusivamente subjectiva deste recurso. A justiça administrativa «compõe» divergências entre o particular e administração, não necessariamente conducentes a uma questão de «direito subjectivo». Por outro lado, o contencioso administrativo pode destinar-se a resolver litígios entre pessoas colectivas. Cfr. Barbosa de Melo, *Direito Administrativo,* II (polic), 1977, p. 40 ss.; Vieira de Andrade, *O dever de fundamentação,* cit., p. 105, nota 42.

destes interesses poderá conduzir a soluções mais generosas do que aquelas que resultam da teoria do fim da protecção da norma. Assim, certos interesses agitados no âmbito da elaboração de planos e no «direito de vizinhança» de cariz urbanístico poderão considerar-se interesses jurídico-constitucionalmente protegidos, embora só muito remotamente eles se afigurem incluídos no fim de protecção da norma. Cfr., por exemplo, ALEXY, *Das Gebot der Rucksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz* in *DÕV,* 1984, p. 953 ss; BAUER, «Schutz-normtheorie im Wandel», cit, p. 115 ss; PEREIRA DA SILVA, *Contributo,* p. 99; Rui MACHETE, «A Garantia Contenciosa para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido», in J. MIRANDA (coord), *Nos dez anos da Constituição,* p. 234; Rui MEDEIROS, «Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido», in *RDES,* XXXI, IV, 1/2 (1989), p. 1 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação,* p. 105 segs.

4. Actos da administração

A garantia do recurso contencioso opera, em primeiro lugar, contra qualquer *actuação da administração* lesiva de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos do particular. Na categoria «actuação da administração» incluem-se não apenas os *actos administrativos* activos ou omissivos, praticados por órgãos, funcionários ou agentes da administração central, regional, local, mas também «prescrições técnicas» (programas de decisão informáticos, sinais de trânsito). Além disso, cabem no âmbito de protecção do artigo 268.°/4 os *actos normativos* da administração (regulamentos, estatutos, decretos, resoluções)[9].

Mais duvidosa é a questão de saber se a garantia do recurso contencioso abrange os *actos legislativos,* mas a doutrina e jurisprudência inclinam-se a favor da solução afirmativa quando se trata de verdadeiros actos administrativos sob a forma de lei lesivos, de modo directo e imediato, de direitos e interesses legalmente protegidos. Nesse sentido aponta o teor literal do texto constitucional (art. 268.°/4) «independentemente da sua forma»[10].

[9] Cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *A invalidade dos regulamentos estaduais e os fundamentos da sua impugnação contenciosa,* Lisboa, 1987; J. COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade,* Coimbra, 1987.

[10] Por vezes, confundem-se os «actos administrativos sob a forma de lei» com as «leis individuais». As leis individuais são verdadeiras leis que pressupõem valora-Ções políticas, típicas dos órgãos dotados de competência política (Governo, Assembleia da República). Assim, por exemplo, uma lei individual, criadora de uma pensão

como *garantia institucional* que aponta para exigência de uma organização judiciária possibilitadora de uma protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada dos particulares[7].

3. Protecção de direitos e interesses

A garantia de protecção jurídica individual subjectiva pressupõe a lesão de *direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos.* Isto significa que a existência, conteúdo e extensão das posições subjectivas do particular, não são pressupostos jurídicos autonomamente criados pela garantia do recurso contencioso; são pressupostos por esta.

A fórmula constitucional — «que lesem os seus *direitos* ou *interesses legalmente protegidos»* — aponta para uma interpretação extensiva daquilo a que se poderá chamar os «candidatos positivos» incluídos no âmbito de protecção da norma. Entre as posições jurídicas protegidas incluem-se os direitos fundamentais e os restantes direitos subjectivos públicos e privados bem como outros interesses juridicamente protegidos não reconduzíveis a direitos subjectivos (entendidos num sentido restritivo).

Saber se existe ou não um direito ou um interesse legalmente protegido depende, em termos tenden-ciais, da existência de uma norma material (lei, regulamento, estatuto, contrato) cujo escopo seja, ou, pelo menos, seja também, proteger os interesses dos particulares, de forma a que estes, com base nessa norma, possam recortar um poder jurídico individualizado legitimador da defesa dos seus interesses[8] contra a administração.

Jurídico-constitucionalmente, a ideia da protecção jurídico-individual-subjectiva através da garantia do recurso contencioso sugere que a questão da existência de um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido deverá ter em conta, além do escopo da norma *(Schutztheorie, Schutznormlehre, Schutzzwecklehre),* o complexo normativo material regulador da *relação jurídica concreta* (desde o direito constitucional até às estruturas materiais e fácticas). Neste sentido, a ponderação de interesses de terceiros nas *relações multipolares* e a exigência da *tomada em consideração (Rucksichtnahmegebot)*

[7] GUILHERME FREDERICO DA FONSECA, «A defesa dos direitos. Princípio Geral da Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais», in *BMJ,* n.° 344 (1985), p. 11 ss.

[8] Subjacente ao discurso do texto está a conhecida teoria do fim da protecção da norma *(Schutznormtheorie).* Sobre ela, por último, PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo,* cit., p. 96 ss. Na doutrina alemã, cfr. H. BAUER, «Schutznormtheorie im Wandel», in D. HECKMANN / K. MESSERSCHMIDT, *Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts,* Berlin, 1988, p. 113 ss.

III — Direito de acesso à justiça administrativa

A revisão constitucional de 1989 tipificou melhor o *direito cie acesso à justiça administrativa* para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados. O titular deste direito continua a ser o *particular* enquanto *administrado.* Todavia, o preceito constitucional garantidor do acesso à justiça pretende tornar claro que é sempre admitida a protecção jurisdicional administrativa de posições subjectivas (direitos e interesses), sem se limitar esta protecção à adopção de meios específicos de impugnação (exemplo: «recurso» contencioso) ou à existência de determinadas formas de actuação da administração (exemplo: actos administrativos). Neste sentido se fala hoje do *princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa:* a qualquer ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e a qualquer ilegalidade da administração deve corresponder uma forma de garantia jurisdicional adequada. A autonomização do direito de acesso à justiça administrativa aponta também para a institucionalização de *acções,* a título principal, e não meramente subsidiário [n] (como hoje dispõe a LPTAF, artigo *69° 12,* que só admite acções para o reconhecimento de direito ou interesse legítimo «quando os restantes meios contenciosos, incluindo os relativos à execução de sentenças, não assegurem a efectiva tutela jurisdicional do direito ou interesse em causa»). Estas acções (declarativas, condenatórias, constitutivas) devem ser adequadas à garantia jurisdicional dos administrados (mesmo que tenha de se recorrer à aplicação analógica das normas de processo civil). Aponta-se, assim, para a eliminação do clássico princípio da tipicidade das formas processuais de contencioso administrativo.

IV — O direito de suscitar a «questão» de inconstitucio-nalidade ou de ilegalidade

Como se verá mais adiante (cfr., *infra,* Parte IV, Padrão VI), não existe, no sistema jurídico-constitucional português, um processo de

de sobrevivência a favor das viúvas dos bombeiros mortos em incêndios (nominativa-mente individualizadas), é uma verdadeira lei e não um acto administrativo sob a forma de lei.

" Cfr. as considerações de Rui Medeiros, «Estrutura e âmbito...», cit., p. 60 ss.l,

«queixa constitucional» *(Verfassungsbeschwerde, staatsrechtliche Beschwerde, recurso de amparo)* que permita aos cidadãos lesados nos seus direitos apelarem directamente para um tribunal constitucional (em condições a regular pelas leis de organização, funcionamento e processo). Todavia, os particulares podem, nos feitos submetidos à apreciação de qualquer tribunal e em que sejam parte, invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma ou a ilegalidade de actos normativos violadores de leis com valor reforçado, fazendo assim funcionar o sistema de controlo da constitucionalidade e da ilegalidade numa perspectiva de *controlo subjectivo* (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão VII).

Conexionado com este direito de suscitar a questão da inconstitucionalidade nos feitos submetidos a decisão do juiz, está o *direito de recurso* para o Tribunal Constitucional (cfr. artigo 280.°) a estudar em capítulos subsequentes (cfr., *infra,* Padrão VII).

A jurisprudência do primeiro sexénio do Tribunal Constitucional demonstrou que, também na ordem jurídico-constitucional portuguesa, este Tribunal se legitimou como «defensor da Constituição» enquanto «guardião dos direitos fundamentais», sobretudo dos direitos, liberdades e garantias. As particulares cautelas por ele reveladas quando, em via de recurso, controlava as decisões dos tribunais conexionadas com os direitos, liberdades e garantias, sugerem uma nova refracção da *constitucionalidade da jurisdição.* Consiste ela na vinculação dos tribunais às decisões do Tribunal Constitucional, pois as sentenças judiciais passaram a estar sob a *reserva da interpretação* (e controlo) por ele dada à concretização dos direitos fundamentais. Cfr. também, no direito francês, a recente evolução neste sentido: L. Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel», in *RDP,* 1989, p. 399 ss.; D. Turpin, *Droit Constitutionnel,* 1991, p. 9 ss., Cfr. ainda L. Favoreu (org.), *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux,* 1982; L. Paladin, «La Tutela delle liberta fondamentali offerta dalle corti costituzionali europee: spunti comparatistici», in L. Car-lassare (org.) *La Garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali,* Padova, 1988.

V — Acção de responsabilidade

1. Responsabilidade da administração

Os particulares lesados nos seus direitos, designadamente nos seus direitos, liberdades e garantias, por acções ou omissões de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado — «responsabilidade do Estado» —, exigindo uma reparação dos danos emergentes desses actos (CRP, artigos 22.°, 27.°; ETAF, artigo 51.71/h).

No âmbito de protecção desta norma[12] incluem-se acções de responsabilidade contra a *administração* por actos *ilícitos* (acções ou omissões) dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, sejam eles *actos jurídicos* (actos administrativos) sejam *actos materiais* (erro de diagnóstico de um médico, uso de armas de fogo, buracos e valas na via pública sem sinalização).

2. Responsabilidade por facto da função jurisdicional

Além da responsabilidade da administração, a norma constitucional está «aberta» à *responsabilidade por facto das leis* («responsabilidade do Estado-legislador») e à responsabilidade por facto *da função jurisdicional* («responsabilidade do Estado-juiz»). Relativamente a esta última, a Constituição consagra expressamente o dever de indemnização nos casos de privação inconstitucional ou ilegal da liberdade (CRP, artigo 27.°/5) e nos casos de erro judiciário (CRP, artigo 29.76), mas a responsabilidade do Estado-juiz pode e deve estender-se a outros casos de «culpa grave» de que resultem danos de especial gravidade para o particular (cfr. arts. 225.° e 226.° do Cód. Processo Penal).

Não obstante as reticências da jurisprudência portuguesa, a orientação mais recente de alguns países vai no sentido de consagrar a responsabilidade dos magistrados (de tribunais individuais ou colectivos) quando a sua actividade dolosa ou gravemente negligente provoca um dano injusto aos particulares. Sob pena de se paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juizes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova. Por outro lado, é duvidoso que, fora dos casos de responsabilidade penal e disciplinar do juiz, se possa admitir a responsabilidade civil do juiz com a consequente possibilidade de direito de regresso por parte do Estado.

No entanto, podem descortinar-se hipóteses de responsabilidade do Estado por actos ilícitos dos juizes e outros magistrados quando: (1) houver grave violação da lei resultante de «negligência grosseira»; (2) afirmação de factos cuja inexistência é manifestamente comprovada pelo processo; (3) negação de factos, cuja existência resulta indesmentivelmente dos actos do processo; (4) adopção de medidas privativas da liberdade fora dos casos previstos na lei; (5) denegação da justiça resultante da recusa, omissão ou atraso do magistrado no cumprimento dos seus deveres funcionais. Foi neste sentido que se orientou a lei italiana de 13 de Abril de 1988, n.° 117, depois de uma

[12] Em sentido diferente, cfr. Dimas de Lacerda «Responsabilidade civil extra-contratual do estado», in *Contencioso Administrativo,* 1986, p. 239.

consulta referendaria. Cfr., por exemplo, PINIUS, *Responsabilitá dei giudice,* Ene. Diritto, XXXIX, 1471; CICALA, *La responsabilitá civile dei magistrato,* Milano, 1988; GIULIANI / PICCARDI, *La responsabilitá dei giudice,* Milano, 1987; CIRILLO / SORRENTINO, *La responsabilitá dei giudice,* Napoli, 1988; M. CAPPELLETTI, «Qui custodes custodiet», in CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges,* Paris, 1990, p. 115 ss; J. MAS, «La responsabilidad patrimonial dei Estado por el funcionamento de la administración de justicia» in *REDC,* 13 (1985).

No mesmo sentido, pode ver-se a lei francesa de 5 de Julho de 1972, artigo 11.°, relativa à reparação de danos provocados pelo funcionamento «defeituoso» do serviço de justiça, existindo «falta grave» (culpa) ou denegação da justiça. Cfr. LOMBARD, «La responsabilité de 1'État du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972», *RDP,* 1975, p. 585. O *Arrêt Dur-mont* torna extensiva esta disciplina «à responsabilidade por facto da justiça administrativa». Exemplo notável de previsível evolução do direito português é o recente Ac. do STA, de 7/3/89, in *Acórdãos Doutrinais,* 344/45 (1990), onde se afirma que «o nosso ordenamento jurídico prevê a responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos provenientes por factos ilícitos culposos resultantes da função jurisdicional». Cfr. também Ac TC 90/84, in DR II, n.° 31 de 6/2/85, referente ao direito de indemnização por prisão preventiva ilegal, que, contudo, desenvolve uma retórica e parte de premissas que se nos afiguram jurídico-constitucionalmente claudicantes.

3. Responsabilidade do «Estado legislador»

A «responsabilidade do Estado legislador» por actos ilícitos cabe também no âmbito de protecção do artigo 22.° da CRP. Embora se costume argumentar a favor da irresponsabilidade do Estado por facto das leis com a ideia de a disciplina da lei ser geral e abstracta, deve ponderar-se que: (1) algumas leis «declaradas» ou «julgadas» inconstitucionais podem ter ocasionado violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para os cidadãos; (2) algumas leis com as características de lei-medida são leis *self executing,* podendo ter gerado prejuízos sérios aos cidadãos; (3) algumas leis, gerais e abstractas, podem vir a impor encargos apenas a alguns particulares (leis fixadoras de vínculos ecológicos, urbanísticos, de nacionalização de bens, ete), violando quer o direito de propriedade quer o princípio da igualdade (restrições afectadoras do conteúdo essencial de um direito). Quer se trate de responsabilidade por actos legislativos ilícitos (1) enquadrável no âmbito normativo do art. 22.°, quer de responsabilidade por actos legislativos lícitos (2) e (3), de que se pode ver refracção no art. 62.72, além de não estar afastada no art. 22.° (indemnização por expropriação), a responsabilidade por facto das leis não é um «luxo» (R. CHAPUS), mas uma exigência do Estado constitucional democrático. A possível exigência de um regime especial da respon-

sabilidade por facto das leis significa não que o legislador se possa tomar imune ao regime de responsabilidade do Estado consagrado no artigo 22.° da CRP, mas que deve concretizar/conformar esse regime através da lei. [12a]

VI — Direito de acção popular (Artigo 52.73)

«Nas sociedades contemporâneas o indivíduo isolado está desarmado» (M. CAPPELLETTI).

Através do direito de acção popular consagrado no artigo 52.°/3 (na redacção da Lei n.° 1/89), a Constituição deu guarida a um reforço das acções populares tradicionais *(«actio popularis», «public interest action»)* e à introdução de acções populares ou colectivas destinadas à defesa de *interesses difusos (class actions, Verbandsklagen, actions collectives).* Nas primeiras (vide as expressões legais do Código Administrativo, artigos 365.° e 822.°), «qualquer um do povo», invocando o interesse público, pode substituir-se aos órgãos competentes para reagir contra a usurpação ou lesão de bens ou direitos das autarquias locais ou contra deliberações ilegais dos órgãos destas (que podem lesar também os direitos do particular: usurpação, por exemplo, de um caminho público). Estas acções podem e devem hoje estender--se à defesa dos bens protegidos e individualizados no artigo 52.73 (cfr. também Cod. Proced. Administrativo, art. 50.°).

Nas segundas, qualquer cidadão, individualmente ou associado («associações de defesa»), mesmo não invocando o *interesse público,* pode intentar uma acção em defesa de *um interesse do público* em geral ou de categorias ou classes com grande número de pessoas — *interesses difusos* —, («saúde pública», «ambiente», «qualidade de vida», «património cultural») e dos seus próprios direitos subjectivos («direito ao ambiente», «direito à qualidade de vida», «direito à saúde»). Estes dois tipos de acções tendem hoje a confundir-se, porque a defesa de interesses difusos coincide com a defesa de interesses públicos e a defesa de direitos individuais (daí a fórmula americana *public interest action)*[13].

[12a] Cfr., entre nós, por último, Rui MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por factos das leis,* Coimbra, 1992.

[13] Entre nós cfr. COLAÇO ANTUNES, «Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos», in *BFDC,* LX, 1984, p. 191; «Subsídios para a tutela de interesses difusos», in *ROA,* 45 (1985), p. 917 ss, *A tutela dos interesses difusos,* Coimbra, 1990; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 66 ss. A fórmula de M. CAPPELLETTI,

B I *MEIOS DE DEFESA NÃO JURISDICIONAIS*

I — Direito de resistência

O direito de resistência é a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades privadas.

Pela redacção do artigo 21.° deduz-se que não está aqui em causa o *direito de resistência colectivo* («direito político») contra formas de governo ou regimes carecidos de legitimidade, embora este direito seja também reconhecido pela Constituição na qualidade de *direito dos povos contra a opressão* (cfr. CRP, artigo 7.°/3). Discutível será o problema de saber se, quer nas vestes de um direito resistência individual quer nas vestes de um direito colectivo, cabe no âmbito normativo dos artigos 21.° e 7.73 da CRP o *direito à desobediência civil*[14] (cfr. Parte IV, Padrão 1/2). Abrange seguramente o direito de desobediência a ordens conducentes à prática de um crime (CRP, artigo 271.73).

II — Direito de petição

a) *Em relação aos órgãos de soberania (artigo 52. °)*

E um direito político que tanto se pode dirigir à defesa dos direitos pessoais (queixa, reclamação) como à defesa da constituição, das leis ou do interesse geral. Pode exercer-se individual ou colectivamente perante quaisquer órgãos de soberania ou autoridade.

b) *Em relação ao Provedor de Justiça (artigo 23°)*[15]

O Provedor de Justiça é a versão portuguesa do *Ombudsman.* Os poderes de apreciação do Provedor de Justiça relativos às queixas

citada no texto, pode ver-se em *Giudici legislatori,* Milano, 1984, agora reproduzido em *Pouvoirdes Juges,* Paris, 1990, p. 59.

[14] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* p. 323.

[15] Cfr. F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsmann ao Provedor de Justiça,* Coimbra, 1979; L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in BAPTISTA COELHO (org.) *Portugal político,* cit., p. 701 ss.

apresentadas pelos cidadãos exercem-se de acordo com um procedimento regulado na lei (L 29/91, de 9.4, referente ao Estatuto do Provedor de Justiça). A função do Provedor não se limita à defesa da legalidade, cabendo-lhe «providenciar e reparar injustiças» praticadas quer por ilegalidade quer por «parcialidade» ou «má administração». A actividade administrativa sujeita ao poder de apreciação e recomendação do Provedor de Justiça abrange inequivocamente a administração militar e todos os estatutos especiais de poder[16].

De relevante significado jurídico-constitucional é a possibilidade de os cidadãos poderem solicitar ao Provedor de Justiça a dinamização do *pedido de declaração de inconstitucionalidade* por acção (CRP, artigo 281.72/d) e por omissão (CRP, artigo 283.°). O direito de petição junto do Provedor de Justiça pode ainda ter por fim solicitar a sua actuação no sentido de: (1) requerer ao Tribunal Constitucional que «declare que uma qualquer *organização perfilha a ideologia fascista* e decretar a respectiva extinção» (cfr. CRP, artigo 46.°, e LPTC, artigo 9.°/d); (2) requerer ao Ministério Público a propositura de acção judicial relativamente a *cláusulas gerais dos contratos* (Decreto-Lei n.° 496/85, de 25 de Outubro) abusivas ou contrárias à boa fé (exemplo: cláusulas de seguros de carácter abusivo lesivas dos particulares).

O direito de petição ao Provedor de Justiça não se limita aos direitos, liberdades e garantias; a sua intervenção pode ser solicitada pelos cidadãos quando está em causa a concretização de direitos económicos, sociais e culturais[17].

III — Direito a um procedimento justo

A interconexão dinâmica entre direitos fundamentais e procedimento foi salientada quando se analisou o problema da conformação de direitos (cfr., *supra).* Resta acrescentar que o sentido garantístico do *procedimento* pode ter outras dimensões relevantes para o particular, como, por exemplo, o direito de participação no procedimento administrativo e o direito de ser ouvido (CRP, artigos 267.°/4 e 268.°/!).

[16] Cfr. Lei n.° 29/82, de 11 de Dezembro (Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas), artigo 33.°, que prevê a possibilidade de queixas de militares ao Provedor da Justiça contra autoridades militares.

[17] Apontando neste sentido, L. Lingnau da Silveira, «O Provedor de Justiça», cit, p. 708 ss.

O direito a um procedimento justo implicará hoje a existência de *procedimentos colectivos (Massenverfahren* na terminologia alemã), possibilitadores da intervenção colectiva dos cidadãos na defesa de direitos económicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência colectiva (exemplo: «procedimentos de massas» para a defesa do ambiente, da saúde, do património cultural, dos consumidores). Trata-se, aqui, de um tipo de procedimento que visa satisfazer os mesmos objectivos da acção popular de natureza jurisdicional, e, por isso, deve considerar-se abrangido pelo âmbito de protecção do artigo 52.73 da CRP (cfr. *supra).*

IV — Direito à autodeterminação informativa

O segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem. Ao segredo acrescenta-se um novo perigo para o cidadão: «a digitalização dos direitos fundamentais». Contrapondo-se à ideia de *arcana praxis,* tende hoje a ganhar contornos um direito geral à *autodeterminação* [18] *informativa* que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais (cfr. CRP, artigo 35.°). Este direito de autodeterminação pode exigir a criação de meios de defesa jurisdicionais, e, nesse sentido, apontam já hoje convenções internacionais e o *direito de Habeas Data*[19] consagrado na Constituição brasileira de 1988 (cfr. Ac. TC, n.° 182/89, in DRI, n.° 51 de 2/3/89).

V — Direito ao arquivo aberto

Aditado pela Lei 1/89, o artigo 268.72 veio consagrar expressamente o *direito ao arquivo aberto,* ou seja, o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos. Note-se que a Constituição não faz depender a liberdade de acesso aos documentos administrativos da existência de um interesse pessoal. Salvaguardados os casos de

[18] Cfr., por todos, K. Vogelsang, *Grundrechte auf informationelle Selbstbes-timmung,* Baden-Baden, 1987; P. Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminacion informativa,* Madrid, 1990. Entre nós, cfr. Agostinho Eiras, *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados,* Coimbra, 1992.

[19] Cfr. Convenção Europeia de 28 de Janeiro de 1981 para a protecção das pessoas em face do tratamento automatizado de dados de carácter pessoal.

documentos nominativos ou de documentos reservados por motivos de segurança ou de justiça, a ideia de *democracia administrativa*[20] aponta não só para um direito de acesso aos arquivos e registos públicos para defesa de direitos individuais, mas também para um *direito de saber* o que se passa no âmbito dos esquemas político-buro-cráticos, possibilitando ao cidadão o acesso a «dossiers», relatórios, actas, estudos, estatísticas, directivas, instruções, circulares e notas. A operatividade prática deste direito dependerá da criação de procedimentos (exemplo: recurso a uma «comissão de acesso aos documentos administrativos») e de processos adequados (acções judiciais para efectivar o «direito ao arquivo aberto»).

C I *PROBLEMAS ESPECÍFICOS NA PROTECÇÃO DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS*

I — As dimensões dos direitos económicos, sociais e culturais

1. Dimensão subjectiva

Neste plano, consideram-se os direitos em análise como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social (artigo 63.°), o direito à saúde (artigo 64.°), o direito à habitação (artigo 65.°), o direito ao ambiente e qualidade de vida (artigo 66.°), o direito à educação e cultura (artigo 73.°), o direito ao ensino (artigo 74.°), o direito à formação e criação cultural (artigo 78.°), o direito à cultura física e desporto (artigo 79), são direitos com a mesma densidade subjectiva dos direitos, liberdades e garantias[21].

[20] Assim, J. Lemasurier, «Vers une démocratie administrative: du refus d'infor-mer au droit d'être informe», RDP, 1980, p. 1239 ss; Barbosa de Melo, Aí *garantias administrativas na Dinamarca e o princípio do arquivo aberto,* Coimbra, 1983.

[21] Salientando com rigor esta ideia, cfr. J.P. Muller, *Elemente,* cit., p. 59 ss.

2. Dimensão objectiva

Não obstante a inequívoca dimensão subjectiva assinalada a estes direitos, a sua operatividade prática diverge, em muitos casos, da apontada anteriormente quanto aos direitos, liberdades e garantias. As normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objectiva de duas formas: (1) *imposições legiferantes,* apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos (cfr., por exemplo, artigos 58.°/3, 6O.°/2, 63.°/2, 64.°/3, 65.°/2, 66.°/2, 73.°/2/3, 78.°/2); (2) fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais.

Estas várias dimensões não devem confundir-se, pois, ao contrário do que geralmente se afirma, um direito económico, social e cultural, não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional. Exemplifique-se: o direito à saúde (artigo 64.°/l) é um direito social, independentemente das *imposições constitucionais* destinadas a assegurar a sua eficácia (exemplo: a criação de um serviço nacional de saúde, geral e tendencialmente gratuito, como impõe o artigo 64.72) e das *prestações* fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito (por exemplo, cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação, nos termos do artigo 64.73/a)[22].

II — A dependência legal

A conjugação das várias dimensões assinaladas revela ser a realização dos direitos económicos, sociais e culturais, em grande medida, um problema de *competência constitucional.* Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais e do desenvolvimento das «forças produtivas» do país, garantir as prestações integradoras desses direitos. Embora ao dever jurídico-constitucional do legislador não corresponda uma pretensão jurídico-subjectiva, autonomamente accionável, o legislador inactivo não pode deixar de suportar uma censura jurídica de intensidade equivalente à interferência ou coacção ilícita no âmbito dos direitos, liberdade e garantias. Eis uma primeira

[22] Baldassare, *Diritti Sociali,* cit., p. 29, sublinha incisivamente que os direitos económicos, sociais e culturais são *direitos constitucionais* do particular.

reacção possível contra o não-cumprimento das imposições legiferan-tes destinadas a assegurar a eficácia dos direitos económicos, sociais e culturais: desencadeamento do processo da *inconstitucionalidade por omissão* (cfr. artigo 283.°).

O Tribunal Constitucional tem apreciado vários casos de inconstitucionalidade por omissão parcial, mas configura-os como inconstitucionalidade por acção, pois o Tribunal anula uma norma viciada de inconstitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, sugere que ela só é inconstitucional enquanto e na medida em que se perturbar o princípio da prevalência da regulamentação *mais favorável.* Em termos teóricos, esta posição põe alguns problemas (cfr. *infra,* Padrão VI). Cfr. Acs. TC 181/87, 12/88, 43/88, in DR II, n.° 162 de 17/7/87, DR I, n.° 25 de 30/1/88, e DR II, n.° 107 de 9/5/88.

III — Os direitos derivados a prestações e a sua justi-ciabilidade

Os direitos económicos, sociais e culturais estão configurados na CRP como *direitos originários a prestações,* isto é, direitos fundados na Constituição e não na lei. Alguns destes direitos têm vindo a ser paulatinamente concretizados através do legislador, falando-se em *direitos derivados a prestações* — subsídios de desemprego, pensões de invalidez, reforma. Estes direitos consideram-se radicados subjec-tivamente nos cidadãos, sendo inconstitucionais as medidas normativas que os eliminem ou restrinjam, violando os princípios da protecção e da confiança no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I/II). Problemático é, porém, saber quando se trata de direitos constitucionais mediatamente concretizados por lei ou de direitos autonomamente criados por medidas legislativas *{supra,* Cap. 5).

A actividade jurisprudencial deve também esforçar-se por, no momento interpretativo concretizador, dar um conteúdo concreto aos direitos económicos, sociais e culturais. Embora seja correcta a conhecida afirmação de Lord Diplock — «os tribunais nunca poderiam ter criado o Estado providência»[23] —, isso não significa que *ajurisdictio* seja totalmente incompatível como um *«dizer promocional do direito promocional».* (Cfr. Ac. TC 39/84, in DR I, de 5/5/84, *«Caso da Lei do Serviço Nacional de Saúde»).*

[23] Cfr. K. Diplock, «The Courts as Legislators», in B. W. Marvey, (org.), *The Lawyer and Justice,* London, 1978, p. 263.

D I *PROTECÇÃO INTERNACIONAL*

Não obstante a tradição de algumas dimensões internacionais na protecção dos direitos fundamentais[24], o direito internacional clássico considerava o «indivíduo» como «estranho» ao processo dialéctico--normativo deste direito. Hoje, a introdução dos *standards dos direitos* do homem no direito internacional[25] — garantia e defesa de um determinado *Standard* para todos os homens — obrigou ao desenvolvimento de um *direito internacional individualmente* (não estadual-mente) *referenciado.* Para lá da protecção diplomática e da protecção humanitária[26], desenvolve-se uma *teoria jurídico-contratual internacional da justiça,* tendo por objectivo alicerçar uma nova dimensão de vinculatividade na protecção dos direitos do homem[27]. Aqui se vêem inserir, entre outros, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,* o *Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* [28], o *Protocolo Facultativo adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos* e a *Convenção Europeia de Direitos do Homem.* É neste contexto que se devem assinalar alguns relevantes mecanismos de defesa.

1. O direito de recurso para a Comissão Europeia de Direitos do Homem

Com a ratificação, por Portugal, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os cidadãos portugueses podem, nos termos dos artigos 25.° e segs., daquela Convenção, recorrer individualmente, através de petição, para a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (artigo 8.°/2). Esta petição ou queixa pode conduzir, por sua vez, por

[24] Entre nós cfr., por todos, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 191 ss.

[25] Cfr., por último, Eibe Riedel, *Theorie der Menschenrechtsstandards,* Berlin, 1986; Dupuy, P. M. «Uindividu et le Droit International (théorie et fondements du droit internationel)», *APD,* 32 (1987); Lattanzi, *Garanzie dei diritti delVuomo nel diritto internazionale generale,* Milano, 1983.

[26] Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 192.

[27] Assim, precisamente, J. M. Pureza, «Os direitos do homem na comunidade planetária: autoreferência ou harmonia especial», in *Estado e Direito,* 4/1989, p. 20.

[28] Para mais informações, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 203.

iniciativa da Comissão ou de outro Estado, a um *processo perante o Tribunal Europeu,* eventualmente conducente a uma decisão condena-tória vinculativa para o Estado «não amigo» dos direitos do homem[29].

2. Exposição ao Comité dos Direitos do Homem

De acordo com o Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os cidadãos dos Estados que o hajam ratificado têm o *direito de exposição e queixa ao Comité de Direitos do Homem,* invocando a lesão de qualquer dos direitos reconhecidos e garantidos no Pacto. Este *Comité* dá conhecimento destas comunicações, exposições ou queixas aos Estados, com o objectivo de deles obter justificação ou explicação. Além disso, cumpre-lhe analisar a exposição do particular, transmitir a este as conclusões, e inseri-las no relatório a enviar à Assembleia Geral das Nações Unidas[30].

3. A protecção internacional dos direitos económicos, sociais e culturais

A protecção internacional de alguns direitos económicos, sociais e culturais advém também do cumprimento, através da ratificação pelos órgãos políticos competentes e posterior execução, das convenções da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), sobretudo no que respeita à política social, ao direito de trabalho, ao direito à segurança social e à igualdade de tratamento[31]. Além disso, é importante o

[29] Existem já casos célebres de condenação do Estado português em virtude da violação do direito à protecção judicial sem dilações indevidas. Cfr., por ex., o «caso Guincho», in *Colectânea de Jurisprudência,* IX, vol. 3.°. No plano doutrinal, cfr. desenvolvidamente, JOÃO RAPOSO, «AS condições de admissão das queixas individuais no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», in *Estado e Direito,* 2/88, p. 45 segs. O esquema da tramitação junto das instituições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode ver-se em P. ROMANO MARTINEZ, *Textos de Direito Internacional Público,* 1991, p. 251.

[30] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* IV, p. 203 ss.

[31] Cfr. algumas convenções internacionais em JORGE LEITE / COUTINHO DE ALMEIDA, *Leis do Trabalho,* 4." ed., Coimbra, 1990.

Pacto Internacional sobre direitos económicos, sociais e culturais (aprovado para ratificação pela Lei n.° 45/78, de 11 de Julho), onde se garante o catálogo de direitos sociais, económicos e culturais, impon-do-se (artigo 16.°) o dever de os Estados - Partes apresentarem relatórios sobre as medidas adoptadas, com vista a assegurar os direitos reconhecidos no Pacto[32].

[32] Cfr. VASAK, Aí *dimensões internacionais dos direitos do homem,* cit., p. 235 ss. Entre nós, cfr. JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores,* cit., p. 192 ss.

CAPITULO 11

1.º —

PADRÃO III: ESTRUTURAS ORGANIZATÓRIO-FUNCIONAIS CONCEITOS OPERATÓRIOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Sumário

Indicações bibliográficas

A) COMPREENSÃO MATERIAL
Correia, J. M. S. —*Direito Administrativo,* Lisboa, 1982, p. 63 ss.
Gomes Canotilho / Vital Moreira, — *Constituição da República Portuguesa,* 1993, p. 474 ss.
— *Fundamentos da Constituição,* p. 177 ss.
Miranda, J. — *Órgãos, funções e actos do Estado,* 1989, p. 11 ss., 77 ss. Queiró, A. — *Lições de Direito Administrativo* (pol.), Coimbra, 1976.

Giannini, — «Organi», (teoria generale), *Ene. dei Diritto,* XXXI, p. 37 ss; «Controllo
nozioni e problemi», in *Riv. Tri. Dir Pub.,* 1974, p 1263 ss. Stettner, R. — *Grundfragen einer Kompetenzlehre,* Berlin, 1983.
B) PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
Miranda, J. — *Manual de Direito Constitucional,* vol. **III,** p. 219 ss. — "Órgãos de soberania", in *Estudos sobre a Constituição,* vol. **I.** Piçarra, N. — *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução,* Coimbra, 1989.

^ I *A COMPREENSÃO MATERIAL DAS ESTRUTURAS ORGANIZATÓRIO-FUNCIONAIS*

I— Sentido da compreensão material das normas organizatórias

O estudo das estruturas organizatórias obedecerá à matriz dogmática e teorético-constitucional que, desde o capítulo introdutório, vem sendo considerada como um dos parâmetros metodológicos do presente curso: fornecer uma perspectiva do direito constitucional constitucionalmente adequada. No âmbito da organização do poder político esta perspectiva significa basicamente: (i) abandono de uma análise da ordenação de competências e funções dos órgãos de soberania ancorada no arsenal teorético do positivismo estadual e do correspondente modelo de Estado (o Estado de direito, formalmente caracterizado); (ii) atribuição de um valor normativo específico ao conjunto dos preceitos constitucionais referentes à organização, competência e procedimento dos órgãos constitucionais (regionais, locais e estaduais); (iii) superação da dicotomia entre «constituição de direitos fundamentais», materialmente legitimada, e «constituição organi-zatória», apenas formalmente justificada (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2).
Em termos jurídico-positivos, a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais implica: (1) articulação necessária das *competências* e *funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuídas aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras *normas de acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação económica, social e cultural confiadas às várias constelações orgâ-nico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a ideia de *responsabilidade constitucio-*

nal dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autónoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controlo constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controlo jurídico das inconstitucionali-dades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não--cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania.

II — Os conceitos operatórios: competência, função, tarefa, responsabilidade, procedimento e controlo

1. **Caracterização sumária**

Das considerações antecedentes intui-se já a necessidade de um novo afinamento do arsenal de conceitos de direito constitucional mais directamente incidentes na análise das estruturas organizatórias.

a) *Competência*

Por competência entender-se-á no presente curso o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas* bem como os *meios* de acção («poderes») necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra'.

b) *Função*

O enunciado linguístico «função» é polissémico. Os sentidos mais frequentes podem condensar-se em fórmulas sintéticas.

Função no sentido de «actividade» (função judicial, função do Tribunal Constitucional); função como «tarefa» (função da imprensa num Estado democrático, função constitucional das Forças Armadas); função como equivalente a «dimensões» ou «aspectos» de uma norma jurídica (função objectiva

[1] Entre nós cfr, por último, JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* 1990, p. 62 ss; M. REBELO DE SOUSA, O *valor jurídico do acto inconstitucional,* p. 115 ss.

e função subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais); função identificada com eficácia jurídica (mudança de função das normas programático-constitucionais de simples «apelos ao legislador» para normas impositivas de tarefas); função como sinónimo de «poder» (função de Estado); função equiparada a «competência» (poderes de regulamentação ou conformação jurídica atribuídos a um órgão); função técnico-formalmente entendida como «relação de referência» entre fim e efeito de uma norma (uma das funções das normas de competência é a função de protecção dos cidadãos através da delimitação e distribuição do exercício do poder por vários órgaos).

Na literatura juspublicística, os sentidos mais correntes são os de função como «actividade» ou como «poder do Estado». Estes sentidos estarão presentes na exposição seguinte, devendo, porém, observar-se que a *ordenação material das funções de Estado* desenvolvida na mais recente literatura apela para o conceito de função como *relação referencial.* A função é sempre uma relação de referência entre uma norma de competência e os fins dessa mesma norma[2].

c) *Responsabilidade*

Para se poder falar em *responsabilidade constitucional* como categoria conceituai autónoma do direito constitucional é necessário tomar em consideração três dimensões: (i) a responsabilidade pressupõe o reconhecimento ao titular dessa responsabilidade («responsável» na linguagem comum) de uma certa margem de «discriciona-riedade de actuação» ou de «liberdade de decisão»; (ii) a responsabilidade implica, como correlato da liberdade de actuação, uma *vincula-ção funcional* traduzida na obrigatoriedade da observância de certos deveres jurídico-constitucionais e da prossecução de certas tarefas; (iii) a responsabilidade articula-se com a existência de *sanções jurídicas* (penais, disciplinares, civis) ou *político-jurídicas* (censura, destituição, exoneração) no caso de não-cumprimento ou cumprimento julgado defeituoso dos deveres ou das tarefas de que estão incumbidos os órgãos ou agentes constitucionais.

d) *Procedimento*

Para converterem os seus «poderes» (competência) em actos, os órgãos ou agentes constitucionais devem obedecer a um *procedimento*

[2] Entre nós, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* Lisboa, 1990, pp. 3 ss.

juridicamente regulado. O exercício das funções públicas está sujeito a um *iter* procedimental juridicamente adequado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa dos princípios básicos do Estado de direito democrático (exs.: procedimento legislativo —> modo de exercício da função legislativa, procedimento administrativo —> modo de exercício da função administrativa; processo jurisdicional —> modo de exercício da função jurisdicional). Cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 28.

e) *Tarefa*

A atribuição.de *poderes* ou de competências é feita para que os órgãos constitucionais de soberania cumpram certas missões — *tarefas* — constitucionalmente definidas. A competência está, pois, funcionalmente vinculada ao desempenho de tarefas da mais variada natureza (políticas, económicas, culturais) (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2, relativo às classificações de normas).

f) *Controlo*

O controlo constitui a última categoria conceituai necessária para uma correcta compreensão da organização do poder político. Partindo-se da ideia de competência e dos mecanismos de responsabilidade e de sanção, é lógico que se pergunte (1) pelas entidades competentes para o desencadeamento desses mecanismos; (2) pela forma adoptada para o *controlo* dos órgãos «responsáveis». O controlo é, pois, um correlato da responsabilidade, quer quando reveste as características de um *controlo primário ou subjectivo* quer quando constitui um controlo *secundário ou objectivo* (cfr. *infra,* Cap. 12, *A/I).*

2. Competência

O estudo das estruturas organizatório-funcionais exige uma análise perfunctória das formas de revelação de competências. A isso se destinam, sem quaisquer propósitos de exaustividade, as considerações subsequentes.

2.1. *Competências legislativa, executiva e judicial*

Trata-se de uma classificação tradicional, estritamente associada ao clássico princípio da separação dos poderes. Em termos puramente competênciais, este princípio pressupõe apenas a existência de órgãos

do poder político aos quais são atribuídas competências destinadas à prossecução das tarefas de legislar, governar/administrar e julgar.

2.2. *Competências constitucionais e competências legais*

As competências podem ter um fundamento constitucional — *competências constitucionais* — ou ser atribuídas por via da lei — *competências legais* (também existem competências administrativas, fixadas por regulamentos, mas dessas não curamos aqui). Como exemplos de competências constitucionais citam-se as competências do PR (arts. 136.° segs.), as competências do Conselho de Estado (art. 148.°), as competências da AR (arts. 164.° segs.), as competências do Governo (arts. 200.° segs.), as competências dos tribunais e, em especial, do TC (arts. 223.° segs.), as competências das Regiões Autónomas (arts. 229.° segs.).

Um dos mais importantes princípios constitucionais a assinalar nesta matéria é o *princípio da indisponibilidade de competências* ao qual está associado o *princípio da tipicidade de competências.* Daí que: (1) de acordo com este último, as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição; (2) de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu.

Dada a convergência destes dois princípios, compreende-se que, pelo menos em relação aos órgãos de soberania, as competências legais, ou seja, as competências atribuídas por via de lei, devam ter fundamento constitucional expresso. É o que se passa, por ex., com as competências legais da AR (art. 164.%?), as competências legais do Governo (art. 200.°//), as competências dos conselhos de ministros especializados (art. 2O3.°/2), as competências do Primeiro-Ministro (art. 204.71-úí) e as competências do Tribunal Constitucional (art. 225.°).

2.3. *Competências exclusivas, competências concorrentes e compe-tências-quadro*

Trata-se de competências constitucionais (não de competências legais) e, por isso, a questão de saber se se trata de uma *competência exclusiva* — atribuída a um só órgão —, de *competência concorrente* — atribuída, a título igual, a vários órgãos —, ou de *competência-quadro* —, atribuída quanto à definição de bases ou princípios a um

órgão e quanto à densificação particularizante a outro, tem de obter--se recorrendo exclusivamente à interpretação das normas constitucionais.

A regra é a da atribuição de competênciás exclusivas e no caso de haver competênciás concorrentes ou competências-quadro é a própria Constituição que o especifica (cfr., por ex., art. 168.°, relativo à competência legislativa da AR; art. 170.°/l, referente à iniciativa legislativa; art. 201.°, respeitante à competência legislativa do governo; art. 229.°/a, b, c e d, relativa à competência legislativa e regulamentar das Regiões Autónomas).

2.4. *Competênciás implícitas e competênciás explícitas*

Já atrás se aludiu ao *princípio da conformidade funcional* (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 3) como um princípio de interpretação particularmente importante em sede de normas organizatórias. De acordo com este princípio, quando a Constituição regula de determinada forma a competência e função dos órgãos de soberania, estes órgãos devem manter-se no quadro de competênciás que lhes foi constitu-cionalmente assinalado, não devendo modificar, por via interpretativa (através do modo e resultado da interpretação), a repartição, coordenação e equilíbrio de poderes, funções e tarefas inerentes ao referido quadro de competênciás.

Costuma, porém, a doutrina debater a este propósito a admissibilidade de *competênciás não escritas,* sendo óbvio que a aceitação indiscriminada deste tipo de competênciás acabará por violar não só o princípio da conformidade funcional, mas também os princípios da tipicidade e indisponibilidade de competênciás.

2.4.1. *Distinções fundamentais*

Para a compreensão desta problemática vai partir-se das seguintes distinções:

(1) *Competênciás constitucionais escritas expressas:* competênciás dos órgãos de soberania expressamente mencionadas nos enunciados linguísticos das normas constitucionais.

(2) *Competênciás constitucionais (escritas) implícitas:* competênciás não individualizadas ou mencionadas no texto constitucional, mas que se podem ainda considerar como implicitamente derivadas das normas constitucionais escritas.

(3) *Competênciás não escritas:* aquelas que não têm qualquer suporte, mesmo implícito, no texto constitucional.

2.4.2. *Origem da doutrina das competências implícitas*

Os problemas mais delicados conexionam-se com os tipos de competências referidos em (2) e (3). A origem deste tipo de problemas reconduz-se ao direito constitucional americano, onde se desenvolveu a seguinte tipologia de poderes:

(1) «poderes decorrentes» ou «emergentes» *(resulting powers:* os poderes que derivam de uma leitura conjunta de todos ou alguns dos poderes conferidos especificamente pela Constituição);

(2) «poderes implícitos» *(implied powers):* poderes não expressamente mencionados na Constituição, mas adequados à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania.

(3) «poderes inerentes ou essenciais» *(inherent or essential powers),* poderes pertinentes e indispensáveis ao exercício de funções políticas soberanias [3].

A partir desta tipologia pretendeu-se uma abertura do quadro de competências para além das formalmente individualizadas no texto constitucional.

2.4.3. *Admissibilidade constitucional de competências implícitas*

A força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências nor-mativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de «poderes implícitos», de «poderes resultantes» ou de «poderes inerentes» como formas de competência autónomas. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleoló-gica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas:

(1) *Competências implícitas complementares,* enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve igualmente ter competência para a preparação e formação de decisão).

[3] Sobre estes poderes, em geral reconduzidos apenas aos poderes implícitos, cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República,* cit., nota prévia à Parte III; *Fundamentos da Constituição,* cit., p. 178 ss.

(2) *Competências implícitas complementares,* necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais [4].

3. Função

3.1 *Estado como «função» e doutrina das funções do Estado*

Como se irá verificar, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente consagrado (art. 114.°) implica a articulação de órgãos e funções de Estado, sendo lícito falar-se de um *princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado.* Com esta articulação pretende-se fornecer um primeiro impulso para um enquadramento constitucional de uma teoria das funções do Estado. Considera-se hoje que o *conceito jurídico-organizatório de Estado* (distinto do conceito teorético-político proveniente da doutrina do Estado tardo-constitucional e que fundamentalmente assentava na qualificação do Estado como *pessoa jurídica,* fechada e tota-lizante (= hegelianismo + organicismo), deixou de ser um conceito consti-tucionalmente adequado: (i) não se coaduna com a existência de «relações externas» (relações inter-orgânicas) entre os vários órgãos constitucionais e soberania; (ii) não oferece soluções satisfatórias para a questão dos «litígios orgânicos» [5].

Estas relações inter-orgânicas e os litígios orgânicos tornaram cada vez mais claudicante a ideia de unidade da pessoa jurídica Estado, bem como a sua operacionalidade para ser considerado como «centro de imputações» de todos os actos referentes aos órgãos estaduais. Esta imprestabilidade verifica-se mesmo com um conceito jurídico-organizatório de Estado centrado na ideia de unidade de acção estadual realizada por estruturas organizatórias diversas. O Estado surgirá, aqui, como *organização diversificada actuante* e não como unidade de imputação nas vestes de pessoa jurídica. Um tal conceito de Estado continua a não solucionar o problema das relações *inter-funcionais* dos vários órgãos de soberania. Daí a proposta subjacente às considerações a desenvolver no número seguinte: o conceito jurídico-constitucional de Estado em vez de estar amarrado à ideia de pessoa jurídica deve antes perspectivar-se como *função* que fornece uma determinada *ordenação.* O Estado concebe-se como ordenação de várias funções constitucionalmente atribuídas aos vários órgãos constitucionais. «Repartida» ou «separada» aparecer-nos-á a *actividade* do

[4] Cfr., também, Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 68. No plano jurisprudencial cfr. Ac. TC 81/86, DR, I, 22/4/86.

[5] Cfr. a alusão a este problema em Sérvulo Correia, *Direito Administrativo,* 1982, pp. 63 ss.; Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* p. 38. Na doutrina alemã, cfr. W. Schmidt, *Einfiihmng in das Verwaltungsrecht,* p. 30; E. W. BöckenfÕrde, *Fest. fiir H. J. Wolff,* p. 287.

Estado e não o *poder* do Estado e a resultante desta divisão não é a existência de vários poderes mas uma diferenciação de funções do Estado [6].

3.2. *Teoria das funções de Estado constitudonalmente adequada*

3.2.1. *Ordenação de funções*

Além da necessidade de reelaboração teórica de um conceito jurídico organizatório de Estado, reconhece-se também a vantagem de se desonerar a teoria de funções do Estado da velha teoria formal-substancial (GIANNINi) que, de forma tautológica, reconduzia um poder a uma função e uma função a um poder. Assinala-se, sobretudo, o condicionamento jurídico-constitucional de qualquer teoria de funções do Estado: são os princípios positivos de organização constitucional e a concreta delimitação de competências na Constituição que se devem tomar como pontos de partida de uma *ordenação das funções do Estado.*

3.2.2. *Ordenação de funções e teoria material das funções de Estado*

Se a ideia de ordenação de funções ganha na actualidade os aplausos de uma parte representativa da doutrina ao reconhecer-se que o elemento nuclear desta ordenação não é um esquema apriorístico ou conceituai de competências (ex.: divisão de poderes), mas a determinação concreta de competências constitucionalmente plasmada, fica, todavia, por esclarecer se uma *doutrina de ordenação de funções* tem ou não de assentar numa *teoria material de funções.* Toca-se, assim, no problema da distinção material das várias funções do Estado (legislação, administração e jurisdição), problema este há muito considerado como uma das questões mais discutidas e relativamente infrutuosas da dogmática jurídica[7].

[6] Na moderna literatura cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, «Organ, Organisation, Juris-tische Person», in *Fest. fur H. J. WOLFF,* Munchen, 1973, p. 269; STEITTNER, *Grund-fragen einer Kompetenzlehre,* Berlin, 1983.

[7] Entre nós, cfr. a excelente síntese de AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* (pol.), PP- 9 ss; idem, «A função administrativa», in *RDES,* e o aprofundamento dogmático de CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função dos Supremos Tribunais,* Coimbra, 1982, p. 475; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico dos actos inconstitucionais,* p. 247; JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* p. 19 ss.

No plano jurídico-constitucional positivo, parece que uma teoria da ordenação funcional do Estado não liberta totalmente a doutrina de uma caracterização intrínseco-material de funções. A Constituição continua a referir-se a «função legislativa», a «função jurisdicional» e a «função administrativa», distribuídas por várias estruturas orgânicas. A função deixou de estar exclusivamente associada a um órgão, mas a falta de um suporte orgânico único torna mais premente a exigência de uma caracterização material que forneça transparência à escolha de competências e à distribuição de funções positivamente plasmada na Constituição.

3.2.3. *Graus de exigência na delimitação material de funções* a) *Função legislativa*

A delimitação material de funções não tem o mesmo grau de importância nas várias estruturas funcionais clássicas (legislação, administração e jurisdição). Relativamente à função legislativa tende hoje a admitir-se que o significado teorético-constitucional de lei se compadece com um conceito de lei tendencialmente vazio no plano material e apenas caracterizável pela *forma, procedimento e força jurídica.* Nesta perspectiva, a lei não é consequência de um «conteúdo» nem de qualquer intenção jurídica específica. É sim, em primeiro lugar, uma forma e um procedimento de entidades a quem é constitucionalmente reconhecida competência legislativa. As relações entre forma e conteúdo da lei surgem, deste modo, invertidas: o conteúdo não procura a forma; é uma certa competência exercida mediante certa forma e de acordo com determinado procedimento que procura um conteúdo constitucionalmente ajustado. Por outras palavras: a lei é uma regulamentação intrinsecamente aberta estabelecida segundo os critérios jurídico-constitucionalmente prescritos (N. ACHTERBERG). Quando muito, os actos legislativos caracterizam-se pelo facto de transportarem a regulamentação fundamental dos assuntos mais importantes e essenciais («teoria da essencialidade») para uma comunidade historicamente concreta (OSSENBÚHL, STARCK, HESSE).

Da leitura de vários preceitos constitucionais (exs.: arts. 115.°, 167.°, 168.° e 200.°) parece lícito deduzir-se a existência de uma função legislativa. Não existe, porém, qualquer critério constitucional-material caracterizador dessa função. A lei é, no direito constitucional português, um acto normativo intrinsecamente aberto que pode ser

editado pelas várias entidades (AR, Governo, Assembleias Regionais) às quais a Constituição atribuiu competência legiferante.

A abertura material da lei não significa, porém, uma completa insensibilidade da Constituição ao conteúdo intrínseco'dos actos legislativos, a ponto de se afirmar que a lei pode transportar qualquer conteúdo. Por um lado, há leis com uma densificação material, determinada, em grande medida, de forma heterónoma, pelos preceitos constitucionais (ex.: actos legislativos concretizadores de direitos, liberdades e garantias); por outro lado, do elenco das matérias sujeitas a reserva de lei do Parlamento (cfr. arts. 164.°, 167.° e 168.°) deduz--se que, subjacente à forma de lei da AR, está a ideia de lei como prescrição normativa, política e jurídico-materialmente caracterizada (CASTANHEIRA NEVES [8]).

b) *Função jurisdicional* (cfr. *infra).*

c) *Função administrativa* (cfr. *infra).*

4. Responsabilidade

A categoria publicística de responsabilidade, considerada como categoria jurídica autónoma de um Estado constitucional democrático, tem vindo a ser afirmada, no plano doutrinal, desde os meados da década de 60[9].

A partir de meados da década de 70, o conceito de responsabilidade passa a ser considerado como um exemplo típico da emancipação do *instrumentarium* conceituai do direito público relativamente aos conceitos de direito privado [10].

[8] Cfr. CASTANHEIRA NEVES, O *Instituto dos «Assentos»,* pp. 573 ss.; JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* pp. 171 ss; «Sentido e conteúdo da lei como acto da função legislativa», in JORGE MIRANDA (org.), *Nos dez anos da Constituição,* cit., p. 177; "Lei", in *Dicionário,* vol. V.

[9] Cfr., sobretudo, K. VOGEL, «Zur Verantwortlichkeit leitender Organwalter — iiber einen ungeschrieben Rechtsgedanken des «öffentlichen Rechts», in *Fest. ftir Schack,* Hamburg, 1966, p. 183; KOLBE, «Die Ministerialverantwortlichkeit im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystems des Grundgesetzes», in *DÕV,* 1969, p. 25; U. SCHEUNER, «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung», in *Staatstheorie und Staatsrecht,* p. 293.

[10] Contribuições significativas foram as de R. SCHOLZ e de SCHMIDT-ASSMANN, na sessão de 1975 efectuada em Augsburg pelos professores de Direito Público de língua alemã e subordinada ao tema «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungs-gerichtsbarkeit», in *WDSTRL,* 34 (1976). Mais recentemente, cfr. as teses de ZiMMER,

O conceito, tal como o definimos atrás, encontra também acolhimento no texto constitucional português. Num sumário percurso por este texto, verifica-se que o termo responsabilidade surge em vários contextos e com vários sentidos:

(1) responsabilidade no sentido de responsabilidade civil das entidades públicas (cfr. arts. 22.°, 168.71-u e 271.71);

(2) responsabilidade no sentido de responsabilidade político--criminal dos titulares dos cargos políticos (arts. 120.°, 133.° 16O.°,199.°e218.°);

(3) responsabilidade no sentido de responsabilidade política (cfr. arts. 193.°, 194.° e 233.°).

Quaisquer que sejam os domínios concretos e os sentidos específicos, o conceito de *responsabilidade constitucional* tem poten-cialidades para abranger qualquer dos sentidos acabados de referir, embora no presente capítulo se tenha sobretudo em conta o sentido referido em (3).

B I *PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DAS ESTRUTURAS ORGANIZATÓRIO-FUNCIONAIS*

I — O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania

1. As dimensões materiais do princípio

Foi dito e escrito que o princípio da separação de poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das «grandes constantes» (KÀGI) do Estado Constitucional. Como também já se salientou,

Funktion-Kompetenz-Legitimation, Berlin, 1979, e de R. STETTNER, *Grundfragen einer Kompetenzlehre,* Berlin, 1983.

No plano do Direito Constitucional Comparado deve fazer-se referência ao projecto de revisão total da Constituição da Suíça (cfr. a sua publicação in *AOR,* n.° 104, 1979), na qual o conceito de *Verantwortung* (responsabilidade) encontra decisivo acolhimento.

o princípio transformou-se mesmo em *ratio essendi* da Constituição: *«Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs détérminée, n 'a point de constitution»* (Art. 16.° da *Déclaration des droits de Vhomme et du citoyen du 26 Aoâtl789).*
Neste momento trata-se de determinar o sentido do princípio em análise na Lei Fundamental portuguesa. Quando se fala de separação e interdependência dos órgãos de soberania (cfr. art. 114.71) como princípio estrutural da organização do poder político tem-se geralmente em vista a *separação horizontal* de poderes (de órgãos e funções). Enquanto a *repartição vertical* visa a delimitação das com-petências e as relações de controlo segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a *repartição horizontal* refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania. Na Constituição portuguesa de 1976 os dois critérios de separação — horizontal e vertical — andam associados, embora com prevalência do primeiro dada a estrutura unitária (cfr. art. 6.71) do Estado, português.
O princípio da separação e interdependência é um *princípio estrutural-conformador do domínio político,* sendo importante descortinar os vários «níveis» em que a separação e interdependência se pode situar: (1) no *plano funcional* interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução: (2) no *plano institucional* a separação de «poderes» incide especialmente sobre os órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais; (3) a nível *sócio-cultural* interessa articular o «poder» ou poderes do Estado com as estruturas sociais (grupos, classes, partidos).
a) *O princípio como directiva fundamental*
Independentemente da discussão em torno da fundamentação «empírica» e «categorial» (apriorística) da «divisão de poderes» parece poder dizer-se que o texto constitucional português fixou como *directiva fundamental* da organização do poder político: (1) a *separação das funções* estaduais e a atribuição das mesmas a diferentes titulares (separação funcional, institucional e pessoal); (2) a *interdependência de funções* através de interdependências e dependências

recíprocas (de natureza funcional, orgânica ou pessoal); (3) o *balanço* ou *controlo* das funções, a fim de impedir um «super-poder», com a consequente possibilidade de abusos e desvios. Pode afirmar-se que também entre nós este *«príncipe d'art politique»* tem subjacente a ideia de «constituição mista», a máxima política do *«divide e impera»* e a exigência de freios e contrapesos *(«cheks and balances», «le pouvoir arrêt le pouvoir»).*
b) *O princípio como princípio histórico*
A separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal, mas apenas perspectiva-lo como *princípio histórico* (K. HESSE) «em contacto» com uma ordem constitucional concreta. Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação articula-se e combina-se com outros princípios constitucionais positivos (princípio de governo semipresidencialista ou de regime misto parlamentar-presidencial, princípio da conformidade dos actos estaduais com a Constituição, princípio da participação).
c) *O princípio é orgânico-institucionalmente referenciado*
O princípio da separação e interdependência é *institucional--organicamente referenciado.* A CRP (art. 114.71) refere-se, neste sentido, a separação a interdependência dos *órgãos* da soberania.
d) *O princípio é funcionalmente orientado*
Institucionalmente concebido, o princípio da separação e interdependência é também um *princípio de ordenação de competências funcionalmente orientado.* Embora no plano doutrinário a distinção material de funções continue a deparar com grandes dificuldades e impasses, não há dúvida que a CRP alude a «funções políticas» (cfr., por ex., art. 200.71), a «funções legislativas» (art. 201.°), a «funções administrativas» (art. 202.°) e a «funções jurisdicionais» (art. 206.°). Estas funções surgem como *funções fundamentais,* sem qualquer «carácter de exclusividade» (K. HESSE), pois aos órgãos de soberania vêm a caber outras funções constitucionais (funções de governo, funções militares, funções de planificação). Estas outras funções a que

se acabou de aludir são muitas vezes remetidas para enigmáticos e a constitucionais poderes («quarto poder», «quinto poder», «instituições autónomas») mas estes poderes, «ao lado» ou «fora» de um enquadramento normativo-constitucional, são hoje reconhecidamente incompatíveis com o Estado democrático-constitucional.

e) *O princípio pressupõe uma relativa adequação entre órgãos e funções*

As várias funções devem ser *separadas* e atribuídas a um órgão ou *grupo de órgãos* também separados entre si. Isto significa não uma equivalência total entre actividade orgânica e função, mas apenas que a um órgão deve ser atribuída *principal ou prevalentemente* uma determinada função. Dir-se-á que a CRP adoptou um *esquema orga-nizatório funcionalmente adequado.*

A *adequação funcional* pressupõe que o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idóneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primários lhes são atribuídas (exs.: a Assembleia da República é um órgão adequado para legiferar; o Governo é um órgão apto para executar e administrar; os tribunais estruturam-se de forma a exercer com «racionalidade» a função jurisdicional). Os autores falam mesmo a este propósito de «estrutura orgânica funcionalmente justa» ".

f) *O princípio exige separação no plano pessoal*

A imposição constitucional de uma estrutura orgânica funcionalmente adequada vai até ao ponto de, no *plano pessoal,* conformar um *estatuto jurídico-constitucional* específico, tendente a evitar quaisquer «uniões pessoais» dos órgãos de soberania. É um princípio que se exprime sobretudo pelas regras de *incompatibilidade* (exs.: incompatibilidade entre o cargo de deputado e a qualidade de membro do governo, nos termos do art. 157.°/l; incompatibilidade do cargo de Presidente da República com o exercício de quaisquer outros cargos nos termos implícitos do art. 123.°; incompatibilidade do cargo de juiz com o exercício de quaisquer outras funções, como se deduz do art. 218.73/4).

[11] Cfr., por ex., K. HESSE, *Grundziige,* p. 198; L. TRIBE, *American Constitu-tional Law,* pp. 1137 ss.

g) *Freio, balanço e controlo na ordenação de órgãos e funções*

Através da atribuição a um órgão ou grupo de órgãos de uma função específica fundamental, visa-se obter o velho desiderato do equilíbrio de poderes e de um governo moderado, tal como Montes-quieu o definiu impressivamente: *«Pour qu 'on ne puisse pas abuser du pouvoir ilfaut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrêt le pouvoir» (De VEsprit des Lois,* 1748, Livro XI, Cap. IV).

Esta ideia de governo moderado obtido através de um balanço e controlo recíproco de poderes configura-se e concretiza-se de forma diversa nos vários ordenamentos constitucionais, mas fundamentalmente os esquemas são os seguintes: (1) complexo sistema de corres-ponsabilidades e interdependências dado que, por ex., entre nós, na função legislativa não participa apenas a AR, pois, por um lado, os actos legislativos carecem de promulgação e assinatura do PR (arts. *31.°lb* e 139.°) e de referenda do Governo (art. 143.°), e, por outro lado, a AR não tem o monopólio da legiferação, cabendo ao governo fazer actos com valor legislativo como são os decretos-leis); (2) um *sistema de balanço* em que a escolha, nomeação ou manutenção no cargo de um ou vários titulares de órgãos depende da manifestação de vontade de outros órgãos (por ex., a nomeação e manutenção do Governo depende da AR e PR, a AR pode ser dissolvida pelo PR); (3) divisão de poderes dentro do mesmo poder (ex.: Governo, Conselho de Ministros, Primeiro-Ministro). O sistema de freios e de balanços constitucionalmente estabelecido aponta para a ilegitimidade de qualquer «deslocação» de peso funcional conducente a um «cesarismo presidencial», a «absolutismo parlamentar» ou a uma «autocracia do governo».

h) *A teoria do núcleo essencial*

Do facto de a CRP consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada não se deduz que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não possam praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e de outros órgãos (exs.: a AR executa, o Governo legisla, os tribunais administram).

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função corresponde um titular principal,* sempre se coloca o problema de saber se haverá um *núcleo essencial* caracterizador do princípio da separação e absoluta-

mente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite excepções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial [12]. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do «monismo de poder», como o que resultaria, por ex., da concentração de «plenos poderes» no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante.
Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função.

A jurisprudência constitucional portuguesa teve já a oportunidade de se defrontar com a questão do alcance do *núcleo essencial* do princípio da separação, concluindo pela violação do referido princípio «sempre que um órgão de soberania se atribua, fora dos casos em que a Constituição expressamente o permite ou impõe, competência para o exercício de funções gue essencialmente são conferidas a outro e diferente órgão». Cfr. Parecer n.° 16/79, da CC, in *Pareceres,* Vol. VIII, pp. 212 ss (relator Figueiredo Dias). Não é líquido, porém, que este princípio leve a uma tal exigência de diferenciação funcional e material que impeça, por ex., os actos legislativos de terem conteúdo concreto (é o caso das «leis medida», desde que elas não violem os princípios constitucionais relativos a leis restritivas do art. 18.°).

Além do papel que a teoria pode desempenhar no âmbito das relações entre Parlamento e Governo, ela tem sido também invocada na delimitação da função judicial, considerando a doutrina ser este um dos domínios em que se deve aplicar mais rigorosamente uma teoria material de funções. Uma função judicial deve ser confiada a órgãos cujos titulares são juizes independentes, irresponsáveis e inamovíveis (cfr. art. 218.°).

Esta ideia já atrás nos orientou no sentido de considerar inconstitucional a composição dos tribunais militares (cfr. art. 233.72, 246.72, 275.7 1 e 279.° do Código de Justiça Militar). Também merecia sérias reticências a doutrina do art. 72.71 da L n.° 77/77, de 29 de Setembro (Lei da Reforma Agrária), pois ao criar-se uma comissão eleita pela AR para apreciar o mérito, conveniência e oportunidade dos actos administrativos de execução do Ministério da Agricul-

[12] Cfr. HESSE, *Grundzuge,* p. 195; MAUNZ/DÚRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Kommentar,* art. 20, nota 81. Em sentido crítico, cfr. G. ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitima-tion,* 1979, pp. 23 ss.

tura e Pescas, poderá vir a confiar-se a órgãos não-judiciais o julgamento da legalidade (e mérito) de actos que rigorosamente pertencem aos tribunais. Em vez de se introduzir um controlo (não judicial) quanto ao mérito, o que acontecia, de facto, era furtarem-se ao controlo de legalidade (a não ser em via de recurso) muitos actos ilegais de execução. Cfr. Parecer n.° 24/77 da Comissão Constitucional, *Pareceres,* Vol. III, p. 111, com argumentação inconcludente.

2. Manifestações modernas do princípio

Se nos limitássemos à caracterização constitucional do princípio da separação nos termos tendencialmente clássicos como são os que se acabam de salientar, dir-se-ia que se tinha «passado ao lado» dos verdadeiros problemas com ele relacionados nas modernas estruturas político constitucionais. Há, pois, necessidade de aludir a mais algumas questões relacionadas com a separação e interdependência dos órgãos de soberania.

a) *Repartição vertical de funções*

Uma das formas de manifestação da separação de «poderes» e funções é a que se reconduz aos princípios do federalismo, da autonomia regional e da autonomia local. Estando, entre nós, fora de causa a instituição de uma estrutura federal, assumem decisiva relevância as estruturas *autónomas regionais* e as estruturas *autónomas locais* (cfr. art. 6.°/2) que, deixando de ser, por um lado, simples «instituições de auxílio técnico do Estado», e, por outro, meras instituições anti-estaduais, societariamente fundadas, passaram a desfrutar de uma legitimidade pública e democrática para exercerem funções normativas e administrativas (e até legislativas, como no caso das regiões) separadas e autónomas dos órgãos centrais de soberania. A autonomia local e regional é, pois, hoje, uma expressão importante do princípio de separação de poderes.

b) *Repartição social*

Ao lado da repartição (separação, divisão) horizontal e vertical de funções fala-se, por vezes, em «repartição» ou «divisão» social de funções, querendo com isto aludir-se à «distribuição de poder» entre o Estado e outros titulares de «poderes públicos não-estaduais», como são, por ex., as associações profissionais. A ideia de «repartição social» é particularmente importante na CRP, onde se reconhece, por

ex., às associações sindicais e às comissões de trabalhadores o direito de participar na legislação de trabalho (arts. 54.75-úí, e 56.72-a), o direito à contratação colectiva (art. 56.73 e 4), o direito de controlo da gestão (art. 54.75-e), o direito de participação nas instituições de segurança social (art. *56.°/2-b),* o direito de participação nos planos económico-sociais (art. 56.72-c), o direito de participação na definição da política agrícola (art. 101.°).

c) *Separação e estrutura partidária*

Uma das observações mais correntes sobre o «envelhecimento» do princípio da separação de «poderes» e de «órgãos de soberania» relaciona-se com o facto de a repartição horizontal clássica desconhecer o fenómeno partidário e o dualismo moderno «maioria-oposi-ção». Os problemas postos à organização política liberal eram essencialmente problemas de natureza institucional, referentes aos diferentes órgãos ou poderes, às suas competências e às suas relações recíprocas. Hoje, a «verdade» político-constitucional não é o dualismo governo-parlamento mas a relação de *maioria-oposição,* aquela «suportada» pelos partidos e coligações maioritários e esta dinamizada pelos partidos ou coligações minoritários. A separação entre parlamento e governo e entre executivo e legislativo não perdeu sentido, mas a «nova fronteira» estabelece-se, hoje, em termos de «fracções de governo» e «fracções de oposição». Deste modo, a categoria *oposição* adquire um *estatuto jurídico-constitucional* de grande significado para o problema da separação de funções e, sobretudo, para o problema de controlo e equilíbrio de poderes, desde sempre inerentes à teoria de divisão de poderes. Sob o ponto de vista político-constitucional, este confronto governo-oposição desdobra-se numa diferenciação tendencial entre *divisão política,* a cargo do governo e fracção ou fracções parlamentares de suporte, e *responsabilidade e controlo* políticos, fundamentalmente dinamizados pela oposição [13]. Sob o ponto de vista do direito constitucional positivo, podemos ver

[13] Sobre o princípio da separação de poderes cfr., entre a mais recente literatura, M. Troper, *La séparation des pouvoirs et Vhistoire constitutionnel française,* Paris, 1973; Bassi, «Il prinzipio delia separazione dei poteri (evoluzione e problemática)», in *RTDP,* 1965, pp. 17 ss; J. M. Vile, *Constitutionalism and the Séparation of Power,* 1967; D. TSATSOS, *Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung,* 1960. Entre nós, cfr. W. Brito, *Sobre a Separação de Poderes* (policopiado), Coimbra, 1981; Nuno Piçarra, "A separação dos poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos", in J. Miranda, (org.), *Nos dez anos de*

esta ideia consagrada, por ex., no direito de oposição democrática (art. 117.°/1), no direito de informação dos partidos (art. 117.°/2), no direito à determinação da ordem do dia (art. 179.73), no direito de antena na rádio e televisão, no direito de espaço nas publicações jornalísticas, no direito de resposta às declarações políticas de Governo (art. 40.71/2) e, em geral, nos mecanismos tendentes a efectivar a responsabilidade política do Governo (arts. 197.° e 198.°).

II — Princípio da separação dos órgãos de soberania e forma de governo

1. Forma de governo

Intimamente associado ao princípio da separação e interdependência de órgãos de soberania está o problema *da forma de governo,* ou seja, a recíproca posição jurídico-constitucional dos diversos órgãos constitucionais de soberania (BISCARETTI DI RUFFIA). Interessa aqui salientar a conexão institucional estabelecida entre órgãos e funções de forma a tornarmos transparente a articulação interna e o modo de organização constitucional adoptado para a realização dos fins do Estado e da sociedade constitucionalmente normados. Não se trata, pois, de *discutir formas de Estado,* relativas à caracterização político-ideológica e às relações de interacção entre o Estado e as estruturas económicas, sociais e políticas da comunidade.

O tema *formas de governo e formas de Estado* é um daqueles em que se torna indispensável o auxílio da Ciência Política, a que se alude no Cap. 1, Parte 1. A *teoria comparativa de governo (Comparative politics, Verglei-chende Regierungslehre)* afigura-se-nos apta a fornecer aqui alguma clarificação teorética.

Fazendo uma análise dos «sistemas políticos» em que se dá o devido relevo a todos os *elementos constitutivos* de um sistema — elementos empíricos, elementos normativos e elementos ideológicos — como sejam os grupos, as instituições (Exército, Igreja), as classes (elementos empíricos), a Constituição (elementos normativos), os valores, os interesses, a cultura e a ideologia políticas (elementos ideológicos), a teoria comparativa de governo procura superar o «provincianismo ocidental» (comparação institucional apenas dos sistemas ocidentais). Alarga a perspectiva de análise da teoria de partidos, das

Constituição, Lisboa, 1987, p. 145 ss.; idem, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional,* Coimbra, 1989.

teorias de grupos, das teorias de desenvolvimento político, e aspira a uma captação da especificidade dos vários sistemas políticos na sua «funcionalidade», nos seus «elementos estruturais», na sua «dinâmica política».
Tendo em conta os elementos constitutivos referidos de uma forma esquemática, deixam-se aqui os pontos de vista fundamentais (históricos ou não) que têm sido utilizados para a classificação tipológica: extensão territorial (cidade, Estado, império); codificação constitucional (Estado constitucional, autocracia); domínio de uma determinada classe (burguesia, proletariado); legitimidade do sistema (tradicional, carismático, racional); fundamento transcendental ou temporal do poder (monarquia, república); morfologia da forma de governo (sistema presidencialista, sistema de gabinete); divisão horizontal de poderes (legislativo, executivo, judicial) ou divisão vertical (Estado unitário, Estado federal, confederação); estruturas dominantes condicionadoras dos *«inputs»* e *«outputs»* (partidos, burocracia, militares); direcção ideológica do sistema (capitalista, socialista, de «mobilização» ou de «igualitarização»); função de mudança no processo social (sistemas «evolutivos», «educativos», «tutelares»).
Os critérios acabados de mencionar prestam-se à formação de teorias que podem ir desde as *teorias unidimensionais* às *teorias complexas e pluri-dimensionais.* As primeiras escolhem apenas um critério para elaborar uma tipologia de governo (ex.: uma teoria assente exclusivamente no número dos titulares do poder); as *teorias complexas* tentam uma combinação de vários critérios distintivos (ex.: uma teoria que faça a combinação das formas de organização constitucional com as estruturas económicas e sociais, partindo daqui para uma exposição de regimes); as *teorias pluridimensionais* ordenam sistematicamente os tipos de governo de acordo com as várias dimensões escolhidas para a classificação (ex.: classificação de um governo nas suas várias dimensões — formal, organizatória, estrutural-social, extensão do poder estadual). Sobre estes pontos, cfr. R. MAC JVER, *The Web of Government,* New York, 1974; S. E. FINER, *Comparative Government,* Harmondsworth, 1970; G. BRUNNER, *Vergleichende Regierungslehre,* Múnchen, 1979; J. A. OLIVEIRA BARACHO, *Regimes Políticos,* S. Paulo, 1977.
Há também que considerar se as teorias insistem em modelos *estrutu-rais-funcionais,* aptos para captar uma *estática política,* ou em modelos *evolutivos,* incidindo essencialmente na dinâmica política. Situam-se nesta última perspectiva as tipologias elaboradas com base nos *modos* de *produção* (MARX) e as ancoradas no conceito de *modernização* (G. ALMOND/J. S. COLEMAN). Uma perspectiva também dinâmica e que tende hoje a ganhar relevo é a das teorias que buscam no conceito de *decisão* o nódulo operatório para a tipologia de governos (quem toma as decisões de confrontação política, qual o âmbito destas decisões, quais os fins e quais os meios para eles serem realizados). Cfr., por ex., G. BRUNNER, *Vergleichende Regierungslehre,* p. 61. Para uma visão global dos "Sistemas e Famílias Constitucionais" cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* I, 4." ed., p. 100 segs.
O discurso do texto é, ainda, largamente tributário da clássica doutrina italiana sobre formas de governo. Cfr. CROSA, «Sulla classificazione delle forme di governo», in *Scritti Romano;* MORTATI, *Forme di governo,* Padova, 1973; DOGLIANI, «Spunti metodologici per un indagine sulle forme di governo», in *Giur. Cost.,* 1973, pp. 243 ss; G. FERRARI, *Corso,* p. 84 ss.

2. Órgãos constitucionais
A morfologia da organização constitucional tem sobretudo em conta os *órgãos constitucionais.* A CRP utiliza o conceito de *órgãos constitucionais* num sentido amplo (cfr. arts. *\66.°/h* e 167.°//): são praticamente todos aqueles mencionados na constituição. Mas a doutrina trabalha também com o conceito de *órgãos constitucionais de soberania* e que é muito mais restrito do que o anterior. Órgãos constitucionais de soberania são aqueles: (1) cujo *status* e compe-tências são imediata e fundamentalmente «constituídos» pela constituição; (2) que dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controlo em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. O facto de o seu *status* e competência derivar directamente da constituição leva os autores a considerá-los como *órgãos imediatos* [14]. Não basta, pois, que eles sejam «mencionados» na constituição; as suas competências e funções devem resultar, no essencial, da lei fundamental.
Alguns órgãos constitucionais são *órgãos do Estado* e *órgãos de soberania.* A ideia de órgãos constitucionais de soberania significa que a eles pertence o exercício do poder *(autoritas, majestas)* superior do Estado, quer na sua dimensão externa (relativamente a outros Estados e poderes soberanos) quer na sua dimensão interna (frente a outros «centros de poder» internos).
Daqui se deduz também que os órgãos constitucionais de soberania além de *derivarem imediatamente* da constituição são *coes-senciais* à caracterização da forma de governo constitucionalmente instituída. Ao contrário de outros órgãos constitucionais, previstos na lei fundamental mas que não concorrem para a configuração da forma de governo, a alteração ou supressão dos órgãos constitucionais da soberania implica a própria transformação da forma de governo.
Todos os órgãos constitucionais de soberania são «poderes constituídos» igualmente ordenados pela Constituição. Não se quer dizer com isto que a lei fundamental não estabeleça relações de

[14] É uma distinção clássica que se pode ver em G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* p. 544, e Santi Romano, «Nozione e natura degli organi costituzionale dello Stato», in *Scritti minori,* I 1 ss.; A. Pizzorusso, *Sistema Istituzionale di Diritto Pubblico Italiano,* p. 153 ss. Ainda hoje, cfr., por ex., Wolff/Bachof, *Verwaltungs-recht,* II, 75,1, a. Cfr. Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., pp-78, 88 ss.; *Manual de Direito Constitucional,* III, pp. 219 ss.

controlo e interdependência. Assim, por ex., os órgãos do «poder judicial» estão submetidos às leis da AR e decretos-leis do Governo (art. 206.°); o Governo depende da AR no que respeita ao exercício da função legislativa relativamente a certas matérias (cfr. arts. 167.° e 168.°); os órgãos com competência legislativa (AR, Governo, Assembleias Regionais) estão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional (arts. 225.°, 277.° ss).

Todavia, a posição dos órgãos constitucionais de soberania é sempre uma *posição equi-ordenada.* A Constituição considera-os a todos como órgãos constitucionais de soberania e, por isso, as relações intercorrentes entre órgãos que exercem funções de soberania são *relações de paridade* e não relações de «substituição» ou de «subordinação».

As relações de substituição pressupõem a existência de «órgãos primários» e de «órgãos secundários» e podem dar origem a várias figuras relacionadas: (1) *de supletividade,* quando a lei indica um sujeito autorizado a agir em vez de outro, impedido ou ausente; (2) de *interinidade,* quando ao próprio titular impedido se consente ou se prescreve a indicação do sujeito que, a título precário, o substitui durante o período de impedimento; (3) de *delegação* quando uma lei autoriza o titular da função a «transferir» o seu exercício para um órgão diverso, mesmo na ausência de qualquer impedimento; (4) de *substituição* quando um órgão, em geral de hierarquia superior, se substitui, por via de lei, a outro que age em seu lugar; (5) de *prorrogação* quando o titular das funções se mantém em exercício enquanto não seja investido o seu sucessor.

As *relações de subordinação* encontram-se sobretudo na figura da *hierarquia,* em que há vários órgãos competentes para o exercício das mesmas funções, mas legalmente ordenados segundo critérios de *supra* ou *infra*--ordenação. Cfr., por ex., MORTATI, *Istituzioni,* Vol. 1, pp. 189 ss.

3. Órgãos constitucionais e direcção política

A conexão institucional entre os vários órgãos constitucionais de soberania (e respectivas funções) permite-nos identificar *a forma de governo constitucional,* ou seja, o modo de organização adoptado para realizar os objectivos ou fins constitucionalmente normativizados. A articulação de órgãos e funções com a *tarefa de direcção política* assume, neste contexto, um papel decisivamente caracterizador. *Por função de direcção política (indirizzo político)* entender-se-á aqui a conformação dos objectivos político-constitucionais mais importantes e a escolha dos meios ou instrumentos idóneos e oportunos para os prosseguir. A «individualização de fins» e a «individualização de

meios» (T. MARTINES), próprias da função de «decisão» ou direcção política, são, num sistema constitucional democrático, *funções ten-dencialmente normativas.* Num regime constitucional como o português, em que as funções e competências dos órgãos constitucionais de soberania estão determinadas normativo-constitucionalmente, não é exacto identificar-se o *indirizzo governativo* com o *indirizzo costituzionale* e considerar o primeiro como a «pré-determinação dos fins últimos e gerais da acção estadual». A «direcção» ou «decisão» política assume-se, pois, com uma *natureza normativa* (não existencial) e traduz-se, fundamentalmente, na selecção e especificação dos fins constitucionais pelos órgãos dotados de «autonomia política».

Não é possível aqui desenvolver a complexa problemática da função de *indirizzo.* Seguro nos parece que a teorização da função de *indirizzo* num sistema constitucional democrático é diferente da de um sistema autoritário. Aqui a função de direcção do governo identifica-se com direcção do Estado, tende a concentrar-se num órgão e não obedece a normas-fim constitucionalmente fixadas. Cfr. CUOMO, *Unità* e *omogeneità nel governo parlamentare,* Napoli, 1957, pp. 164 ss; CHELI, *Atto político e funzione d'indirizzo político,* Milano, 1961, pp. 56 ss; «Funzione di Governo», in AMATO / BARBERA *Manuale,* cit., p. 335; DOGLIANI, *Indirizzo Político. Riflessione su regola e regularitá nel diritto costituzionale,* Napoli, 1985; MARTINES, "Indirizzo Político", in *Ene. Dir.,* p. 153. No direito português cfr., por último, CRISTINA QUEIRÓS, *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controlo jurídico do poder,* Coimbra, 1990.

Mas a exigência de um Estado democrático-constitucional não exige apenas a *configuração normativa* da função de *indirizzo político.* Baseando-se as distinções das várias formas de governo no grau de separação entre os *poderes activos* do Estado (sobretudo legislativo e executivo), interessa acentuar que o *policentrismo institucional* desenhado na CRP implica o alargamento dos titulares da função de direcção política.

É, precisamente, o modo de distribuição e coordenação da titu-laridade dos poderes de direcção política que vai permitir a caracterização da forma de governo constitucional portuguesa.

CAPITULO 12

2.° —

PADRÃO III: ESTRUTURAS ORGANIZATÓRIO-FUNCIONAIS PADRÃO BÁSICO E FORMAS DE GOVERNO

Sumário

A) AS VARIÁVEIS FUNDAMENTAIS DO PADRÃO BÁSICO

I — Conceitos nucleares

1. Controlo
2. Responsabilidade

II — Modelos

1. Estrutura dualista monárquico-representativa
2. Estrutura presidencial
3. Estrutura directorial
4. Estrutura parlamentar republicana
5. Estrutura mista parlamentar-presidencial

B) A VARIÁVEL PORTUGUESA DO PADRÃO BÁSICO — REGIME MISTO PARLAMENTAR-PRESIDENCIAL

I — Interdependências

1. Estrutura e substância no princípio da separação e interdependência
2. Interdependência institucional e independência funcional

II — Elementos caracterizadores

1. Elementos do regime parlamentar
2. Elementos do regime presidencial
3. Elementos do regime parlamentar dualista

III — Interdependência institucional

1. Presidente da República e Primeiro-Ministro
2. Presidente da República e Assembleia da República
3. Assembleia da República e Governo

IV — A interpretação estratégica do regime misto parlamentar-presidencial português

1. Elementos do regime parlamentar
2. Elementos do regime presidencial

indicações bibliográficas

A) VARIÁVEIS FUNDAMENTAIS DO PADRÃO BÁSICO

BASSI, L. — «11 prinzipio delia separazione dei poteri (evoluzione e problemática)», *in*
RTDP, I 965.
BARACHO, J. A. — *Regimes Políticos,* S. Paulo, 1977. DRATH, M. — «Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrechts, in *Faktoren der Machtbildung,* 1952, p. 99. DUERGER, M. —*Xeque-Mate,* Lisboa, 1979. — *Os Grandes Sistemas Políticos,* Coimbra,
1985, pp. 255 ss. KÂGI W. — *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips,*
Ziirich, 1937. MUSSO, SPAGNA, (org.), *Costituzione e struttura dei governo. L'organnizazione dei*
governo negli stati di democrazia parlamentare, Padova, 1982,. SILVESTRI, G. — *La separazione dei poteri,* Milano, 1979. TROPER, M. — *La séparation des pouvoirs et Vhistoire constitutionnelle française,* Paris,
1973.
TSATSOS, D. — *Zur Geschichte und Krintik der Lehre von der Gewaltenteilung,* 1968. VILE, J. M. — *Constitutionalism and the Séparation of Power,* Oxford, 1967.

B) A VARIÁVEL PORTUGUESA DO PADRÃO BÁSICO

AGUIAR, JOAQUIM — «A fluidez oculta num sistema partidário ultra-estável», in *Revista*
de Ciência Política, 1/1985;
AMARAL, FREITAS DO — *Governo de Gestão,* 1985, p. 18. BONELLA, CARMELA — «Svilluppi delia forma di Governo in Portogallo deli 1974 ai 1982», in *Quaderni Costituzionali,* 312, 1983, p. 337 SS. BOTTARI, C. — «UOrganizzazione dell'executivo nella forma di Governo dei Portogallo», in SPAGNA MUSSO, (org) *Costituzione e Struttura dei Governo,* Padova, 1982,
p. 328. CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA, V. — *Constituição da República,* p. 483 ss.
— *Os Poderes do Presidente da República,* Coimbra, 1991.
— *Fundamentos da Constituição,* Coimbra, 2." ed., 1993, p. 199 ss.
MATOS, SALGADO DE — «L'experience portugaise des Regimes Semi-Presidentiels», in
M. DUVERGER, (coor). *Les Regimes Semi-Présidentiels,* Paris, 1986, p. 72 ss. MIRANDA, J. —*A Constituição de 1976,* p. 418.
— *A Posição Constitucional do Primeiro-Ministro,* Lisboa, 1984.
— «Le regime semi-presidentiel portugais entre 1976 et 1979», in Duverger, *Regimes*
semi-présidentiels, cit., p. 134; MORAIS, 1. / FERREIRA DE ALMEIDA, J. M. / Pinto, R L. — *O Sistema de Governo*
semipresidencial, Lisboa 1984. MOREIRA, ADRIANO — «O Regime: Presidencialismo do Primeiro Ministro», in BAPTISTA
COELHO, *Portugal: O sistema político e constitucional 1974/1987,* p. 31 ss. PEREIRA, A. GONÇALVES — *O semipresidencialismo em Portugal,* Lisboa, 1984. PIRES, LUCAS «O sistema de Governo: sua dinâmica», in BAPTISTA COELHO (org.) —
Portugal, cit., p. 291.

SOUSA, M. R. — *Direito Constitucional,* Vol. I, pp. 195 ss.
— «O Sistema de governo português», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. III, pp. 579 ss.
— *O sistema de governo português antes e depois da revisão constitucional,* Lisboa, 1984.
— «A Partidarização do Sistema de Governo», in JORGE MIRANDA (coord.), *Nos dez anos de Constituição,* 1986, p. 205 ss.

A I *AS VARIÁVEIS FUNDAMENTAIS DO PADRÃO BÁSICO*

I — Conceitos nucleares

Assinalou-se atrás que a identificação da *forma de governo* incide fundamentalmente sobre a organização constitucional dos «poderes», ou seja, sobre a forma de separação e interdependência de vários órgãos de soberania. Interessa, por isso, reter que os vínculos intercorrentes entre os vários órgãos constitucionais se reconduzem a dois tipos principais.

1. Controlo

Os poderes constitucionais de *controlo* ou se exercem em relação aos titulares dos órgãos ou dizem respeito aos actos desses órgãos. No primeiro caso fala-se de *controlo primário;* no segundo alude-se a *controlo secundário.* Os controlos primários têm a sua expressão mais significativa na nomeação ou na revogação (demissão, exoneração) dos titulares dos órgãos. É neste sentido, por ex., que se alude ao controlo da AR sobre o Governo (cfr. art. 166.%) e se considera existir um controlo primário do PR sobre o PM (cfr. art. 136.7/e *g).*

Como se vê, o *controlo primário ou subjectivo* consiste no poder consti-tucionalmente reconhecido a certos órgãos constitucionais de soberania de provocar, em certos casos e em determinadas condições, a «novação estrutural de outros órgãos» (Lavagna).

O controlo secundário ou objectivo, incidente sobre os actos, visa eliminar o acto viciado (ex.: o controlo da constitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional) ou sanar o vício ou vícios constantes do acto (ex.: confirmação ou conversão de actos administrativos viciados).

Aqui interessa-nos sobretudo o controlo primário ou subjectivo porque é através do poder de nomeação e de exoneração que o órgão controlante escolhe o titular do órgão e põe termo à sua acção quando ela se revela «dísfuncional» sob o ponto de vista político-constitucional.

2. Responsabilidade

A *responsabilidade política* conexiona-se com o controlo, podendo dizer-se, de certa forma, que ela é, em geral, o reverso da medalha: exprime a situação do controlado face ao controlante. Ver, porém, Galleoti, *Introdu-*

zione alia teoria dei controlli costituzionali, Milano, 1963; LUCAS VERDU, *Curso,* Vol. I. p. 141; PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale,* p. 46 ss.

Esta situação implica que o titular do órgão controlado goza de uma *relação de confiança* do controlante e que perante este responde pelos efeitos e pelas orientações políticas da sua actividade.

Articulando as ideias de controlo e responsabilidade, podemos formalizar os seguintes esquemas de governo.

II — Modelos '

1. Estrutura dualista monárquico-representativa

Traços estruturais:

1) *Responsabilidade* do primeiro-ministro perante o rei e irresponsabilidade do executivo ou do gabinete em face do parlamento.

2) *Controlo primário* do rei sobre a câmara alta (entre nós: Câmara dos Pares), nomeadamente quando esta foi fundamentalmente composta por membros de nomeação régia.

3) *Irresponsabilidade* do rei, como chefe do executivo, perante o órgão representativo-parlamentar.

A compreensão da estrutura dualista pressupõe o estudo constitucionalismo monárquico, cfr., *supra,* Parte III, Caps. 2 e 3 e JORGE MIRANDA, *Manual,* I, p.

[1] Cfr. P. VIRGA, *Diritto Costituzionale,* 8.ª ed., p. 71 ss.; PIZZORUSSO, *Sistema Istituzionale,* p. 46 ss.

2. Estrutura presidencial

Veto
PRESIDENTE
da REPÚBLICA
Câmara do»
REPRESEN
TANTES

Traços estruturais:

1) Chefe de Estado com *legitimidade democrática directa*
2) Chefia directa do executivo pelo Presidente da República.
3) Ausência de gabinete e existência de *secretários de Estado,* subordinados ao presidente da república e considerados como simples colaboradores técnicos.
4) Ausência de controlos primários entre presidente da república e parlamento: este não pode mover moções de censura contra o primeiro nem o presidente da república tem competência para dissolver o parlamento.
5) Sistema de *cheks and balances,* expresso na possibilidade de *veto* presidencial dos actos legislativos do parlamento e na possibilidade de *superação do veto* político pelo parlamento por deliberação aprovada por maioria qualificada (em geral 2/3—*two third rule).*

Uma visão histórica da formação do sistema presidencial nos Estados Unidos ver-se-á em Marcello Caetano, *Ciência Política e Direito Constitucional,* vol. I, p. 91 ss.; Jorge Miranda, *Manual,* vol. I, 4.ª ed., p. 137 ss.

3. Estrutura directorial

O esquema é aplicável aos regimes parlamentares monárquicos, com a única diferença de não haver Chefe do Estado eleito pelo parlamento. Um exemplo típico de estrutura parlamentar republicana é o consagrado na Constituição de 1911 (cfr. *supra,* Parte III). A evolução da matriz parlamentarista na Inglaterra ver-se-á em MARCELLO CAETANO, *Manual* I, p. 66 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual,* I, p. 119 ss.

5. Estrutura mista parlamentar-presidencial

__J»M0IUfI0__
ELEITORADO

Traços estruturais:

l)Dois órgãos (presidente da república e o parlamento) eleitos por sufrágio directo.
2) Dupla responsabilidade do governo (gabinete) perante o presidente da república e perante o parlamento.
3) Dissolução do parlamento por decisão e iniciativa autónomas do presidente da república (ao contrário do que existe quer no regime presidencial quer no regime parlamentar).
4) O gabinete como órgão constitucional autónomo (diversamente do regime presidencial e analogamente ao regime parlamentar).
5) O presidente da república com poderes de direcção política próprios (à semelhança do regime presidencial, mas diversamente do regime parlamentar).

Traços estruturais:
1) Ausência de um chefe de Estado (as funções deste são exercidas colegial-mente ou pelo presidente do directório).
2) Existência de um *directório* que exerce as funções de gabinete escolhido pelo parlamento.
3) Limitação do controlo do parlamento à eleição do directório, não podendo este ser demitido através de votos de censura (o directório *governa a tempo,* ou seja, durante todo o tempo constitucionalmente previsto).

4. Estrutura parlamentar republicana

Nomcaçlo
Traços estruturais:
X) Responsabilidade do gabinete perante o parlamento (o gabinete ou o primeiro-ministro é nomeado pelo presidente da república, mas deve antes obter a confiança do parlamento, havendo a obrigação de demitir-se no caso de aprovação de moções de censura ou de rejeição de votos de confiança).
2) *Dissolução* do parlamento pelo presidente da república, sob proposta do gabinete (do primeiro-ministro). A dissolução é feita por decreto presidencial, mas trata-se de um acto de iniciativa do gabinete que assume a responsabilidade política do mesmo através da referenda.
3) *Eleição* do presidente da república pelo parlamento, mas ficando com o estatuto constitucional de *irresponsabilidade* política perante o mesmo.

B I *A VARIÁVEL PORTUGUESA DO PADRÃO BÁSICO — REGIME MISTO PARLAMENTAR-PRESIDENCIAL*

I — Interdependências

1. Estrutura e substancia no princípio da separação e interdependência

Através da recusa de um regime de «confusão» de poderes (em benefício do executivo ou do legislativo), a CRP pretendeu estabelecer um *processo estrutural (structural due Process)* onde os dois elementos fundamentais da teoria clássica da divisão dos poderes ficassem salvaguardados: (1) protecção dos direitos fundamentais; (2) estrutura institucional e funcional justa do Estado.

Deste modo, é legítimo afirmar-se que o modelo de separação constitucionalmente consagrado visa, em princípio, identificar o *órgão de decisão* ajustado, estabelecer um *procedimento* de decisão justo e exigir *um fundamento* materialmente legítimo para as tomadas de decisão.

A exigência de um *modelo orgânico estrutural de justiça* (L. TRIBE), no qual à exigência de um *processo justo (procedural due process)* se junte a de um *processo substantivo justo (substantive due process),* pode derivar-se de vários preceitos constitucionais [2]. Assim, por ex., a atribuição à AR de uma competência legislativa de reserva absoluta (art. 167.°) e relativa (art. 168.°) significa que o órgão justo para adoptar soluções substantivas justas em domínios materiais importantes (direitos, liberdades e garantias, estado de necessidade constitucional, sistema partidário e eleitoral, formas de intervenção económica) mediante um processo justo (o processo legislativo) é o órgão representativo parlamentar.

A caracterização estrutural do modelo de separação serve para relativizar a «hipertrofia estratégica» (vide, *infra,* Parte I, Cap. 2) que, em geral, acompanha a análise descritiva do regime político. A interdependência é, porém, uma *interdependência dinâmica* necessariamente atenta aos aspectos político-funcionais do sistema. As próximas considerações tornarão mais claro este ponto.

[2] Fundamental, para o estudo do modelo de *structural due process,* é a obra do constitucionalista americano L. H. TRIBE, *American Constitutional Law,* pp. 1137 ss, e a *Teoria da Justiça* de JOHN RAWLS. Cfr. J. RAWLS, *A Theorie of Justice,* Cambridge/Mass., 1971.

2. Interdependência institucional e independência funcional

Como é sabido, o modelo de separação dos órgãos de soberania tem oscilado entre vários arranjos nos quais a *independência* dos vários «ramos do governo» é confrontada com a exigência de *interdependência* entre esses mesmos «ramos». Em princípio, o padrão básico da separação aponta para uma *independência funcional,* no sentido de que cada órgão de soberania se deve limitar ao exercício de competencias próprias desse órgão e não de outro. Trata-se apenas de uma independência tendencial, pois, através de vários institutos e mecanismos, certos órgãos exercem funções, típicas de outros (ex.: veto presidencial na legislação, processo de responsabilidade de AR contra o PR, exercício de funções legislativas pelo Governo).

A própria independência funcional aponta para a necessidade de uma *interdependência institucional,* ou seja, um complexo regime de (colaboração» de poderes. A positivação constitucional concreta é, neste ponto, o critério decisivo para a caracterização de «forma de governo» ou de «regime».

II — Elementos caracterizadores

1. Os elementos do regime parlamentar

As relações entre os vários órgãos de soberania estabelecidas na CRP apontam para um regime misto parlamentar-presidencial, onde são visíveis elementos típicos do presidencialismo e elementos caracterizadores do regime parlamentar.

a) *Existência de um «Gabinete» e de um Primeiro Ministro*

Tal como no regime parlamentar, onde existe um conselho de ministros, presidido por chefe de governo, com autonomia institucional e competência própria, e ao contrário do regime presidencialista puro, em que os «secretários de Estado» não formam um corpo autónomo, sendo meros executantes do Presidente da República, a CRP estabelece a existência de um Governo dirigido por um Primeiro--Ministro como órgão de soberania institucionalmente autónomo (cfr. arts. 113.°, 185.°).

b) *Responsabilidade ministerial*
A *responsabilidade política* dos ministros perante o parlamento é outro dos elementos caracterizadores do regime parlamentar. Também ela está constitucionalmente consagrada na CRP como pode ver-se nos arts. 193.° e 194.°
O desenvolvimento da responsabilidade política do Governo perante o Parlamento não se afasta, no nosso sistema, do clássico modelo parlamentar: (i) ou se trata de uma iniciativa da AR através de uma *moção de censura* (art. 198.°//); (ii) ou se verifica uma iniciativa do próprio Governo através de uma *moção de confiança* (arts. 166.° e 198.%).
c) *Referenda ministerial*
Não obstante a evolução verificada quanto à natureza do instituto da referenda, ela significa que o Presidente da República e o Governo partilham certas tarefas, cabendo a este último, através dela, comprometer-se politicamente quanto a certos actos (cfr. art. 142.°).
Ao contrário, porém, do regime puro de gabinete, o Governo não possui, entre nós, o direito de dissolução do parlamento. Isso deriva da componente presidencial do regime que se vai analisar em seguida.
2. Os elementos do regime presidencial
a) A *instituição de um Presidente da República eleito através de sufrágio directo*
Tal como acontece nos sistemas presidencialistas, o PR é eleito segundo a CRP, através de sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos portugueses (art. 124.°). Não se estabelece, pois, uma *legitimidade indirecta* do PR derivada da sua eleição pelas câmaras como acontece nos regimes parlamentares republicanos.
b) O *direito de veto político e legislativo*
Embora o PR não disponha de iniciativa legislativa, pode opor-se através do veto, como acontece nos regimes presidenciais, às leis votadas pela AR (cfr. art. 139.°).

c) A *existência de poderes de direcção política*
Um regime presidencial não se caracteriza pela existência de poderes próprios do presidente da república, pois estes também os detém um presidente da república em regime parlamentar. O que rigorosamente imprime uma dimensão presidencialista ao regime é: (i) o conjunto de poderes institucionais conferidos ao PR e inexistente nos regimes parlamentares; (ii) a existência de poderes próprios de um *indirizzo político* activo; (iii) a desnecessidade, como corolário da natureza activa dos poderes próprios, da referenda ministerial em grande número de actos presidenciais (nos regimes parlamentares a regra é, pelo contrário, a necessidade de referenda ministerial).

3. Elementos do regime parlamentar dualista

O modelo de separação e interdependência consagrado na CRP caracteriza-se ainda pela existência de alguns elementos típicos do *regime parlamentar dualista.*

a) A *dupla responsabilidade do Governo*
Nos regimes dualistas monárquicos (regime «orleanista») o chefe do Estado (rei) era considerado como chefe do executivo, mas as relações com o parlamento estabeleciam-se através do gabinete que partilhava com o rei o exercício do governo. Daí a existência de uma dupla responsabilidade para o executivo: diante do parlamento e perante o chefe do Estado.
A dupla responsabilidade caracteriza também o nosso regime misto parlamentar-presidencial: o Governo é politicamente responsável perante o PR e perante a AR (cfr. arts. 193.° e 194.°).

b) *O direito de dissolução da AR*
Outra das características do regime parlamentar dualista reside *direito de dissolução* (inexistente no regime presidencial e de iniciativa do Governo no regime de gabinete puro) pertencente ao Presidente da República (cfr. art. 136.7e). Trata-se, pois, de um poder na linha da chamada *«dissolution royale»* (das monarquias dualistas) e não na tradição da *«dissolution ministérielle»* (dos regimes parlamentares).

Este direito de dissolução era considerado como *«exercice normal du pouvoir royal»* (Deslandres). Daí o entender-se que o chefe de Estado o I pudesse exercer discricionariamente, sem necessidade do acordo do governo e] do parlamento e fora de qualquer crise ministerial. Cfr. *supra,* Parte III, Cap. 3, *Q*

Diferentemente do que acontecia com a chamada *dissolution royale, o* poder de dissolução presidencial consagrado na CRP não é totalmente discricionário e comporta limites temporais importantes (cfr. art. 175.°).

II — A interdependência institucional

O regime acabado de caracterizar é do mesmo tipo institucional do que vigora noutros países (Áustria, Finlândia, Irlanda, Islândia, Siri Lanka e França). Não obstante a semelhança que, do ponto de vista institucional, possa haver, os regimes mistos não apresentam uma homogeneidade suficiente para os classificarmos segundo uma única categoria (ex.: «semipresidencialismo»). Os poderes dos presidentes são diferentes, a prática política é muito diversa e as características estruturais dos regimes são substancialmente diversificadas.

A análise comparativa dos chamados «sistemas políticos semipresiden-ciais» foi feita sugestivamente por M. Duverger no livro *Xeque-Mate,* Lisboa, 1978. Aqui continua a falar-se preferentemente de *regime parlamentar-presidencial.* Depois da Lei de Revisão (LC n.° 1/82) parece-nos até que a diminuição dos poderes do PR se adapta melhor a uma categoria mais elástica como é a de regime misto parlamentar-presidencial de que a uma categoria que, apesar de tudo, põe ênfase nos poderes presidenciais (semipresidencialismo). No sentido do texto cfr. G. Brunner, *Vergleichende Regierungslehre,* Paderborn/Miinchen/Zurich, 1979, que se refere *a parlamentarisch-prdsi-dentielles Mischssystem;* J. C. Colliard, Les *Regimes Parlamentaires Contemporains,* Paris, 1978, que considera (p. 280) estes regimes como «regimes parlamentares com correctivo presidencial»; *idem,* «Sur trois nou-veaux regimes parlamentaires», in *Études Leo Hamon,* Paris, 1982, p. 131 ss; Mortati, *Le Forme di Governo,* Padova, 1973, que alude aos regimes de Weimar e da 5." República Francesa como regimes de «tipo dualístico» (cfr. pp. 199 ss). Cfr. entre nós, Veiga Domingos, *Portugal Político;* Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional,* Vol. 1, pp. 195 ss, e «Sistema de Governo Português», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. III, p. 577, Lisboa, 1980; Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Os Poderes do Presidente da República,* Coimbra, 1991. Sobre os problemas que no plano lógico-metodo-lógico pode suscitar a classificação dos «regimes mistos» cfr., por último, R-Moulin, *Le Présidentialisme et la Classification des Regimes Politiques,* Paris, 1978, pp. 9 ss. e, mais recentemente, M. Duverger, (org.) *Les Regimes semi-présidentiels,* 1986; C. Debbasch, *Droit Constitutional et Institutions*

Politiques, Paris, 1983, p. 482 ss.; P. PACTET, *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel,* 1985, p. 152; BURDEAU, *Manuel de Droit Constitutionnel,* 21." ed., 1989, p. 580 ss.; DUHAMEL, «Remarques sur la notion de regime semi-présidentiel», in *Mélanges Duverger,* 1987, p. 581 ss.
Em face da natureza mista parlamentar-presidencial, compreende-se que a interdependência institucional a que se aludiu seja mais complexa nestes regimes do que naqueles em que há um elemento caracterizador dominante. Cfr., também, «II Governo semi-presidenziale in Europa», *Quaderni Costitu-zionali,* 2/1983; PH. LAVAUX, *Parlamentarisme rationalisé et stabilité du pouvoir éxécutif,* Bruxelles, 1988.

1. Presidente da República e Primeiro-Ministro

De acordo com o art. 123.°, o PR «garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições». Esta fórmula aponta para a necessidade de *poderes institucionais* que lhe permitam cumprir as tarefas indicadas no referido artigo. Estes poderes vão, como se viu já, desde a demissão do Governo e de dissolução da AR até à declaração do estado-de-sítio ou de emergência. Quanto aos *poderes executivos,* o PR detém um *poder inicial,* pois é a ele que compete nomear o PM, e um *poder final,* dado lhe ser reconhecida a faculdade de demitir o Governo, embora apenas no caso de isso ser necessário para o «regular funcionamento das instituições democráticas» (cfr. art. 198.°/2). Isto implica a existência de uma responsabilidade política do Governo e do PM perante o PR (cfr. art. 193.° e 194.71. Não se pode, porém, dizer que o PR governa, devendo o PM actuar de acordo com as orientações políticas presidenciais. O chefe do Governo (órgão institucionalmente autónomo) é o PM e não o PR. Se o PM «derivasse» do PR e fosse executor de uma política presidencial falar-se-ia de *interdependência institucional do PR e do PM com supremacia presidencial.* Se o PM, embora responsável politicamente perante o PR, é definidor de uma política governamental autónoma, pode dizer-se que há uma *interdependência institucional entre PR e PM com autonomia governamental.* É esta segunda forma de interdependência que caracteriza as relações entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro (e através dele o Governo).

Não deve confundir-se *interdependência institucional* com *responsabilidade política.* Esta confusão está claramente patente na eliminação, pela LC n.° 1/82 (Lei de Revisão), da expressão «politicamente» contida na redacção originária do art. 193.° Como já se acentuou no texto, o «poder inicial» e

«final» do PR em relação ao Governo implica logicamente a existência da responsabilidade política deste. Esta responsabilidade política pode ser acompanhada de uma *solidarieda de institucional* mais ou menos intensa consoante se acentue uma interdependência institucional com «supremacia presidencial» ou uma interdependência institucional com autonomia governamental. Foi esta autonomia que a Lei da 1." Revisão acentuou, embora não tivesse excluído a subsistência da responsabilidade política do PM perante o PR. Reforçou-se a *independência funcional com diminuição da solidariedade institucional.* Acentuando mais claramente a independência funcional e atenuando a ideia de "solidariedade institucional", cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Os Poderes do Presidente,* cit., p. 50; *Fundamentos da Constituição,* cit., p. 10 ss.

2. Presidente da República e Assembleia da República

A interdependência institucional com autonomia governamental, entre o PR e o PM, atenua relativamente a interdependência entre o PR e a AR. Se a interdependência institucional entre o PR e o PM fosse acompanhada pela dependência funcional deste último em relação ao primeiro, seria a política presidencial executada pelo PM que acabaria por ficar sujeita, em último termo, ao controlo da assembleia parlamentar. Daí os conhecidos e discutidos problemas sobre a necessidade de uma «maioria-suporte» quer do presidente quer da assembleia e, naturalmente, do governo (caso francês).

A independência funcional do executivo perante a PR, se desloca o centro de gravidade da responsabilidade política para as relações Governo-Assembleia, nem por isso elimina a interdependência *institucional* entre o PR e a AR.

A *dupla responsabilidade governamental* implica que, embora pertença ao PR escolher o PM, ele tem de ter em conta os «resultados eleitorais» (art. 190.°), fórmula indicadora da necessidade de o Pri-meiro-Ministro dever ser escolhido de acordo com o partido ou partidos capazes de obter confiança, de forma positiva ou negativa, na AR.

O PR não detém qualquer poder de iniciativa legislativa, e o Governo, para levar a cabo a sua política, necessita apenas de exercer o seu poder legislativo e aproveitar da competência legislativa da AR. Contudo, o PR dispõe de *direito de veto* (art. 139.°) que, em relação a algumas matérias, só pode ser superado pela maioria de 2/3 dos deputados presentes (art. 130.°/3).

A interdependência institucional entre PR e AR resulta ainda do *direito de dissolução* como poder próprio e efectivo do Presidente da República (cfr. art. 136.°). Trata-se, como já se disse, de uma disso-

lução do tipo *«royale»* e não do tipo governamental. Ela serve para evitar impasses ou bloqueamentos no funcionamento das instituições, como são os eventualmente resultantes da dupla responsabilidade do governo e, num plano mais global, da confrontação directa entre o PR eaAR.

3. Assembleia da República e Governo

A interdependência institucional entre os órgãos de soberania é claramente visível nas relações entre o Governo e a Assembleia da República.

A responsabilidade governamental perante a AR repousa sobre o poder de a Assembleia retirar ao Governo a confiança política da qual ele necessita para governar. O desencadeamento da responsabilidade política do Governo pode ter como base: (i) uma questão de *confiança,* traduzida na iniciativa do Governo em sujeitar a sua permanência em funções a um voto da AR, geralmente relacionado com a aprovação do programa (art. 195.73) ou com uma declaração de política geral deliberada em Conselho de Ministros (arts. 196.° e 203.%); (ii) uma iniciativa dos deputados (1/4 dos deputados em efectividade de funções) ou dos grupos parlamentares (cfr. art. 197.71) através de *moções de censura.*

A interdependência institucional entre o Governo e a AR revela--se na colaboração legislativa entre o Governo e o Parlamento, não obstante a manutenção da função legislativa como uma função privilegiada do parlamento para certos assuntos (arts. 167.° e 168.°) e a intencionalidade política própria do instituto da ratificação dos decretos leis (art. 172.°).

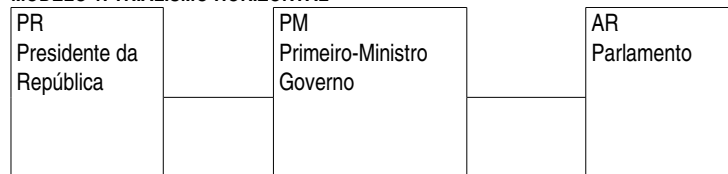
IV — A interpretação «estratégica» do regime misto parlamentar-presidencial português

Grande parte da doutrina portuguesa motivada, directa ou indirectamente, pela necessidade de fornecer suporte constitucional ao «jogo» partidário, optou por uma interpretação essencialmente estratégica da forma de governo (cfr., *supra,* Parte 1, Cap. 2, a noção de direito constitucional como direito de estratégias ou de jogo político).

A Constituição estabeleceu um *esquema triádico* de poderes políticos — PR, AR, Governo — que não incorresse nos vícios dos regimes utilizados

como parâmetro: (1) *monismo de Assembleia,* em que o parlamento domina oj governo, que, por sua vez, domina o presidente; (2) *monismo presidencial,* em que o presidente domina o governo que não tem nada a ver com o parlamento' (3) monismo invertido ao de assembleia, em que o presidente domina o gover-' no que domina o parlamento.
<
Este trialismo de poderes pretendia constituir a bissectriz dos vários monismos e reconduzir-se ao seguinte paralelogramo de forças: (1) um PR eleito directamente, que tem influência sobre (2) o governo, que nomeia e demite, (3) sendo este governo também responsável perante a AR (4) que pode ser dissolvida pelo PR.
A prática política conduziu, de forma tendencial, a uma «condenação ao entendimento», dado:
— existir um PR que pouco pode sem o governo;
— governo que também nada pode sem a confiança (pelo menos negativa) da AR;
— AR que pode ser dissolvida pelo PR.
O trialismo de poderes passou, porém, a ser diversamente interpretado consoante o peso estratégico a atribuir aos órgãos de soberania da natureza política. Vejamos:

MODELO 1: TRIALISMO HORIZONTAL

PR Presidente da República	PM Primeiro-Ministro Governo	AR Parlamento

É um modelo tradutor de um trialismo horizontal de «poderes concordantes» nos termos anteriormente referidos: um PR que pouco pode sem o Governo, que também nada pode sem a confiança (pelo menos negativa) da AR, que pode ser dissolvida pelo PR.

MODELO II: TRIALISMO VERTICAL COM SUPREMACIA PRESIDENCIAL (SEMIPRESIDENCIALISMO)

PR
representa a Nação e a República
PM
(Governo)
gere o Estado
AR
delibera e apoia

Padrão HL 2 — Padrão básico e formas de governo

Partindo do trialismo, em breve um significativo sector da doutrina pretendeu reforçar o estatuto presidencial de forma a estabelecer uma hierarquia vertical: um PR, eleito directamente, de quem depende o Governo que dirige os negócios políticos gerais do Estado, limitando-se a AR a uma função deliberante e de suporte, e sempre sujeita à dissolução presidencial.

MODELO III: TRIALISMO GOVERNAMENTAL

decide

controla

Embora não fosse política e constitucionalmente defendido (pelo menos de modo expresso), não era impossível conceber o esquema triádico da seguinte forma: o PM e o Governo têm a função política principal, decidindo sobre os negócios políticos, apoiado na confiança do PR e controlado pela AR.

MODELO IV: TRIALISMO PARLAMENTAR

conduz a política

fixa as

grandes

orientações

Dado que o PR não dirige o Governo e o Governo não pode subsistir sem o apoio da AR, o trialismo poderia deslocar se num sentido parlamentar: a AR domina politicamente, a ela cabendo fixar as grandes orientações; o Governo dirige a política geral; o PR, sem grandes poderes políticos directos, limitar se-ia ao papel de árbitro ou moderador do jogo político.

MODELO V: O MONISMO PRESIDENCIAL MAIORITÁRIO

Povo

PR

Governo AR

Maioria

Povo

O esquema trialista, apelidado por uns de semipresidencialista, e, por outros, de regime misto parlamentar-presidencial, não era o mais flexível para as estratégias partidárias sobretudo pela falta de «constrangimento» relativamente a um presidente não-partidário. O problema não se circunscreve, como é óbvio, às dificuldades de relacionamento dos partidos com um PR «não-partidarizado», «não governamentalizado» e «não parlamentarizado». Relacionava-se também com a falta de disponibilidade do PR para «democraticamente» subverter o regime através do plebiscito constitucional.

As propostas reorganizatórias do poder político, avançadas em certa altura por alguns quadrantes políticos, continuavam a propor a fórmula divina «a la française». A solução mágica era uma trindade constituída por um presidente, um governo e uma maioria parlamentar conducente à formação de uma *unidade maioritária do poder.* Este fenómeno de *maioritarização é* concebido, algumas vezes, de uma forma de tal modo ambiciosa que todas as formas de governo ali têm cabimento: um presidente à americana, um gabinete à britânica e uma racionalização parlamentar à alemã. Mais do que isso: deseja-se ainda um presidente plebiscitário de estilo «decisionista» para, apoiado por um governo e uma maioria parlamentar, operar, com toda a «democracia», uma ruptura constitucional. Mais recentemente, a fórmula da maioritarização tem conquistado defensores não apenas entre os adeptos plebiscitários da subversão constitucional (que, semanticamente, passaram a falar de «presidente com propostas de reforma do regime»), mas também entre os apoiantes de um presidente da maioria, situado entre o «presidente gaullista» e o «leadership partidário» à Mitterrand. A diferença, no plano constitucional, é relevante: no primeiro caso, o presidente configura-se como um presidente «anti-sistema», um presidente contra a Constituição e o Estado de direito; no segundo caso, pretende-se transformar a maioria em suporte de institucionalização hegemónica, embora sem propósitos confessados de ruptura constitucional. Na primeira hipótese, pretende-se a «longa marcha» plebiscitaria; na segunda, procura-se uma fórmula de compromisso entre o actual esquema constitucional, em que existe um PR que pouco pode perante um governo mais autónomo perante ele mas mais dependente da AR que, apesar de tudo, continua a poder ser dissolvida, e uma fórmula de reforço dos poderes de um presidente, em consonância partidária e política com o governo e a maioria parlamentar de suporte.

Sobre a interpretação da forma de governo portuguesa cfr.: JOAQUIM AGUIAR, A *Ilusão do Poder. Análise do sistema partidário português, 1976--1982,* Lisboa, 1983 (dos poucos livros, feito por um analista político, com

background teórico sério na análise das instituições portuguesas); VEIGA DOMINGOS, *Portugal Político,* Lisboa, 1980 (demasiado influenciado pelas premissas duvergianas); ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, O *Semipresidencialismo em Portugal,* Lisboa, 1984, que reconhece a alteração do regime semipre-sidencial para um sistema parlamentar racionalizado, depois da Revisão de 1982; L. SALGADO DE MATOS, «Significado e consequências da eleição do Presidente por sufrágio universal — o caso português», in *Análise Social,* Vol. XIX, 1983, 2, p. 241 (que refere, sem argumentos convincentes, o aumento ou, pelo menos, a conservação dos poderes presidenciais depois da Revisão); J. MORAIS/J. M. FERREIRA DE ALMEIDA/R. LEITE PINTO, O *Sistema de Governo Semipresidencial — O Caso Português,* Lisboa, 1984 (que procuram, a nosso ver sem êxito, justificar a sobrevivência da fórmula semipresidencialista); M. REBELO DE SOUSA, O *Sistema de Governo Português (antes e depois da revisão constitucional),* Lisboa, 1984 (que continua a defender a caracterização do regime como semipresidencial, embora reconheça algumas diminuições no estatuto presidencial depois da Revisão); JORGE MIRANDA, *A Posição Constitucional do Primeiro-Ministro,* Lisboa, 1984 (cuja tese sobre a posição constitucional do PM apoiamos na generalidade). A «grelha» de análise desenvolvida no texto quanto à interpretação estratégica do regime português inspi-rou-se no impressivo artigo de OLIVIER DUHAMEL, «Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième Republique», in *Revue Française de Science Politique,* N.° 34 (1984), N.° 4-5, pp. 617 ss. A recente evolução política — governo com apoio maioritário — confirma a caracterização da forma de governo como parlamentar-presidencial com acentuação de um «trialismo governamental». Por último, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Os poderes do Presidente da República,* Coimbra 1991; *Fundamentos da Constituição,* Coimbra, 2." ed., 1993, p. 201 ss.

3.°

CAPÍTULO 13

PADRÃO III: AS ESTRUTURAS ORGANIZATORIO-FUNCIONAIS ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS ÓRGÃOS DE SOBERANIA PORTUGUESES

Sumário

III — As funções do Governo

1. Função política ou de governo

2. Função legislativa

3. Funções administrativas

D) CONSELHO DE ESTADO

E) TRIBUNAIS

I — Posição jurídico constitucional II — Estrutura orgânica

III — Tribunal Constitucional

1. Posição jurídico-constitucional

2. Tribunal

3. Competência e funções

IV — Ministério Público

1. Órgão do poder judicial

2. Funções

V — Conselhos Superiores

Indicações bibliográficas

A) PRESIDENTE DA REPÚBLICA

BARROSO, A. / VICENTE DE BRAGANÇA — «O Presidente da República: função e poderes», in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal Político,* cit., p. 32 ss.

CANOTILHO, J. J. / MOREIRA, V — *Fundamentos da Constituição,* p. 201 ss.

— *Os Poderes do Presidente da República,* 1991.

LUCIFREDI, P. — "Il Presidente delia Republica in Portugallo", in // *Político,* XLVII, 1983, p. 685.

MIRANDA, J. — «Actos e funções do Presidente da República», in *Estudos sobre a Constituição,* I, 1977.

PEREIRA, A. G. — *Direito Público Comparado. O sistema de governo semipresidencial,* Lisboa, 1984.

B) ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

CANOTILHO J. J. / MOREIRA, V. — *Fundamentos da Constituição,* p. 207.

C) GOVERNO

MIRANDA, J. —*A Posição Constitucional do Primeiro Ministro,* Lisboa, 1984.

D) TRIBUNAIS

ALMEIDA, L. N. — "A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado", in *Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas,* Lisboa, 1987. CARDOSO DA COSTA, J. M. — «O Tribunal Constitucional Português. Sua origem histórica», in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal,* cit., p. 913 ss. CANOTILHO, J. J. G. — «No sexénio do Tribunal Constitucional Português — Para uma teoria pluralista da jurisdição constitucional», *Revista do Ministério Público,* 9/1988, 33/34, p. 9 ss. LABORINHO LÚCIO, A. — «O poder judicial na transição», in BAPTISTA COELHO, (org.), *Portugal. Sistema Político e Constitucional,* cit., p. 737 ss. RODRIGUES, J. N. C. — "Ministério Público", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* vol. V. RUBIO LLORENTE, F. — «Seis Tesis sobre la jurisdiccion constitucional en la Europa», REDC, 35 (1992), p. 12.

A I *O PRESIDENTE DA REPÚBLICA (PR)*

I — Posição jurídico-constitucional

1.1.0 Presidente da República é um dos órgãos considerados pelo art. 113.° como *órgão de soberania.* Como a posição ou estatuto jurídico-constitucional do Presidente da República decorre, nos seus aspectos fundamentais, da Constituição, ele é igualmente um *órgão constitucional de soberania.*

1.2. O Presidente da República é o *Chefe do Estado.* Embora na Constituição de 1976 não haja qualquer referência a Chefe de Estado, a designação significa que o Presidente da República representa juridicamente o Estado no plano internacional (sobretudo nas dimensões de permanência, continuidade e direcção do Estado). A designação Presidente da República testemunha sobretudo o papel por ele desempenhado de *representante da comunidade nacional.*

As Constituições republicanas parecem evitar o termo Chefe de Estado. A designação de Chefe de Estado remonta às Constituições monárquicas outorgadas nas quais o rei era qualificado como órgão supremo ou chefe do Estado. Cfr. *Carta Constitucional de 1826,* art. 71.°, onde se considera o rei «Chefe Supremo da Nação». O termo «Chefe de Estado» é recolhido e acentuado pela Constituição de 1933, que se refere (art. 72.°) ao Chefe de Estado como sendo o Presidente da República eleito pela Nação. O documento constitucional de 1976 evitou deliberadamente a expressão Chefe de Estado, não só para marcar uma decidida ruptura em relação ao texto constitucional corporativo, mas também para significar que o Presidente da República beneficia de uma *legitimidade republicana,* ou seja, de uma legitimidade baseada na vontade popular através de eleições periódicas. Além disso, o Presidente não «encarna» o Estado como nas monarquias constitucionais: é, sim, um representante da *res-publica* (cfr. art. 123.°).

[1] Cfr., por último, ALFREDO BARROSO / J. VICENTE DE BRAGANÇA, «O Presidente da República: função e poderes», in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal,* cit. p. 321 ss.

1.3. O Presidente da República tem uma *legitimidade democrática directa.* Significa isto que ele é eleito por sufrágio directo e universal (cfr. art. 124.71). A exigência de uma legitimidade directa radica não na adesão à ideia de «legitimidade plebiscitaria», mas na necessidade de «racionalizar» a componente parlamentar do regime.

1.4. Em virtude da sua legitimidade democrática directa e em face das competências específicas e autónomas politicamente con-formadoras atribuídas pela Constituição ao Presidente da República, fala-se em *órgão presidencial autónomo* (HERZOG).

A distinção entre órgão presidencial «autónomo» e órgão presidencial «não autónomo» (cfr. HERZOG, *Allgemeine Slaatslehre,* pp. 280 ss) pretende apontar para a diferente posição do presidente da república nos regimes em que ele é escolhido pelo parlamento (ou em que o parlamento tem o papel decisivo) e nos regimes que sem serem presidencialistas conferem ao presidente da república directamente eleito importantes funções político-institucionais («regimes semipresidencialistas» «regimes mistos parlamentar-presidenciais», «regimes parlamentares com correctivo presidencial»).

1.5. O facto de se tratar de um órgão presidencial autónomo directamente legitimado justifica que o Presidente da República disponha de *poderes próprios,* ao lado de *poderes partilhados.* Por *poderes próprios* entendem-se, juridicamente, os actos e as decisões que a Constituição autoriza o Presidente da República a praticar ou a tomar, só e pessoalmente, mesmo que lhe seja exigida a obtenção do parecer prévio de outros órgãos.

A expressão que se utiliza — poderes próprios —não coincide com a distinção feita pela Lei constitucional entre «competência quanto a outros órgãos» (cfr. art. 136.°) e «competência para a prática de actos próprios» (cfr. art. 137.°). E que na categoria de poderes próprios vêm a subsumir-se muitos dos actos constitucionalmente aglutinados na competência quanto a outros órgãos: nomeação do Primeiro-Ministro (art. 136.°//"), dissolução da Assembleia da República (art. 136.°/e), dissolução dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas (art. 136.°//), nomeação de membros para o Conselho de Estado e para o Conselho Superior da Magistratura (art. 136.°/n), marcação do dia de eleições (art. 136.°/è).

1.6. As três ideias já adiantadas quanto ao estudo jurídico-cons-titucional do Presidente da República — legitimidade directa, órgão presidencial autónomo, poderes próprios — permitem também responder à questão de saber se o Presidente da República é um *«pou-*

voir neutre» (B. CONSTANT) ou *«guardião da Constituição» (Huter der Verfassung),* na terminologia de Cari SCHMITT.
Embora seja o Presidente da República o representante da *«res publica»,* e, por conseguinte, a ele pertencerem importantes funções *de integração* (tendo em conta o paralelogramo de forças sociais, económicas e políticas), ele não se caracteriza como um «poder neutro». O órgão presidencial não se configura como um *«pouvoir suprème»* ao qual é inerente a *«somme totale de Vautorité»* (CONSTANT).
Por outro lado, o Presidente da República também não se concebe como um simples «guardião da Constituição», no sentido schmittiano. A noção de *Huter der Verfassung* pressupõe ainda a ideia de «poder neutro» incompatível com a concepção presidencial republicana. Todavia, como o Presidente da República está vinculado a «defender e a fazer cumprir a Constituição da República Portuguesa» (cfr. art. 130.73), e como por «defensores da Constituição» só podem hoje entender-se os órgãos que solucionam questões ou «tomam decisões político-constitucionais» com vinculação jurídica definitiva, o Presidente da República pode e deve considerar-se como um *«guardião de Constituição».* Melhor dizendo: ele é um dos «co-defensores» da Constituição, sendo idêntica tarefa constitucional-mente atribuída a outros órgãos constitucionais.
1.7. A dimensão representativa do órgão presidencial no plano interno e internacional (cfr. art. 123.°) aponta para *a função de integração e unidade,* classicamente atribuída a um Chefe de Estado. Não se trata, rigorosamente, de uma «integração pessoal» (SMEND) típica de um monarca, mas de uma *integração funcional,* própria de um Chefe de Estado republicano. Esta função de integração funcional manifesta-se essencialmente: (1) na solidariedade institucional que ele procura efectivar com os vários órgãos do Estado; (2) no direito de contacto e consulta com os vários órgãos constitucionais e com as forças politicamente actuantes da sociedade (partidos, organizações grupos sociais e cidadãos); (3) nos actos de indulto e comutação de penas e de atribuição de ordens honoríficas (cfr. art. 137.7/7/); (4) na informação dos cidadãos através do acesso directo aos órgãos de comunicação ou através dos serviços de relações públicas da presidência da República, designadamente quando existam emergências graves para a vida da República (art. 137.*°/e);* (5) no exercício das funções de Comandante Supremo das Forças Armadas (art. 137.7a).

II — Os poderes do Presidente da República

1. Poderes próprios e poderes partilhados

1.1. Em formas de governo como a da actual Constituição portuguesa ao Presidente da República são atribuídos *poderes próprios* (numa linha mista de regimes presidencialistas e de governos dualistas) e *poderes partilhados* (numa orientação próxima de regimes parlamentares republicanos).

Como já se frisou, os *poderes próprios* (por vezes chamados «institucionais») são aqueles que o Presidente da República é autorizado pela Constituição a praticar, só e pessoalmente, mesmo quando se verifiquem algumas exigências constitucionais (pareceres, consultas): dissolução da Assembleia da República (arts. 136.%, 148.°/a e 175.°); nomeação do Primeiro-Ministro (art. 136.°//e *g)* e demissão do Governo (arts. 136.°/g e 198.°/2); nomeação de cinco membros do Conselho de Estado (art. 136.°/n).

1.2. Uma das formas de revelação de poderes partilhados é o instituto da *referenda* [2] (cfr. L 6/83, de 29/7, art. 10.°).

O facto de a *referenda ser* uma expressão formal dos poderes partilhados, isso não implica que o significado da referenda na actual estrutura constitucional portuguesa seja só o de estabelecer a co-responsabilidade do Presidente e do Governo na prática de certos (poderes partilhados).

Na estrutura dualista parlamentar-presidencial detecta-se uma tripla dimensão da referenda — *dimensão presidencial, dimensão parlamentar* e *dimensão governamental.* Através dos actos enumerados pela Constituição como carecidos de referenda deve averiguar--se se a exigência da «contra-assinatura» do Governo tem algum efeito no «triângulo de forças» (de *Kràftdreieck,* fala R. HERZOG) representado pelo Presidente, o Governo e a Assembleia da República.

Em primeiro lugar, nos casos de referenda justificada pela necessidade de associar a *responsabilidade política* do Governo a actos presidenciais (cfr. arts. *131.°/b, def,* 138.°/a/c e 136.°//) verifica-se poderem ser atribuídas à referenda conjuntamente várias funções: (1)

[2] Cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 443 ss.; J. P. VIEIRA DUQUE, «A referenda ministerial», in *Revista Jurídica,* n.os 11/12 (1989) p. 137 ss.

evitar que o sistema misto parlamentar-presidencial acabe em presidencialismo puro, pois a referenda vincula o Presidente da República à «vontade política do Governo» que, por sua vez, está submetido a controlo parlamentar; (2) marcar as distâncias entre a referenda com «acentuação parlamentar» e a referenda de «componente presidencial» dado que, se na estrutura parlamentar à referenda atribuida a função de operar a transferência, para um governo parlamentarmente responsável, de certas competências nominalmente exercidas pelo Presidente, num regime misto parlamentar-presidencial a referenda associa o Governo a «actos presidenciais» praticados no exercício de um poder efectivamente atribuído ao Presidente; (3) permitir uma função mediadora do Governo, responsável, por um lado, perante o Presidente da República, legitimado democraticamente, e, por outro, sujeito à responsabilidade política parlamentar.

Nos casos de referenda relacionada com actos presidenciais que pressupõem proposta *do Governo* (cfr. art. *í36.°/j/l/m/p),* a referenda tende a ganhar uma «dimensão governamental», significando que os actos presidenciais estão dependentes de actos do Governo.

Noutros casos — os de promulgação das leis [3], decretos-leis e decretos regulamentares, e da assinatura de decretos do Governo (art. 137.*°/b)* — a referenda tem apenas *a função certificatória* da assinatura do Presidente da República e uma função notarial-formal do processo legislativo adoptado.

A construção do instituto da referenda em «termos complexos» parece-nos ser a melhor maneira de captar a sua multifuncionalidade no actual direito constitucional português. Estas várias dimensões são também assinaladas no Parecer n.° 5/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. 11.°, pp. 140 ss. Contra a opinião maioritária deste Parecer, a referenda não depende, porém, do significado do instituto da promulgação, mas do sentido específico de cada acto que a CRP considere como carecido de referenda; contra o voto de vencido de Figueiredo Dias parece-nos que se há actos em que a referenda possui um carácter «essencialmente jurídico-formal», já noutros «ela assume funções de claro significado político-material».

2. Direcção política

2.1 Os poderes (próprios ou partilhados) constitucionalmente reconhecidos ao Presidente da República não devem confundir-se

[3] Concorda-se com JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 447, que a referenda, neste caso, perturba o princípio da separação dos órgãos de soberania.

com *direcção política presidencial.* O Presidente da República não é na estrutura constitucional, um *Presidente que governa,* mas é, seguramente, um *Presidente com funções politicamente conformadoras* (dissolução da AR, nomeação e demissão do Primeiro-Ministro, dissolução dos órgãos das regiões autónomas, exercício de poderes de crise). Mais do que os textos, será a *prática* a dizer em que medida e com que intensidade elas são exercidas. Deve distinguir-se também entre actos de direcção política inscritos na «fisiologia dinâmica» do sistema de governo, e actos justificados pela «patologia» do sistema, isto é, em períodos de crise. Nesta última hipótese reforça-se a posição político-constitucional do Presidente, a ele pertencendo importantes funções de direcção política (ex.: dissolução da AR, demissão do PM, declaração do estado-de-sítio)[4].

O problema conexiona-se com a discussão acerca da natureza da *promulgação* e *assinatura* dos diplomas pelo Presidente da República. Contrariamente à ideia de que o Presidente da República desempenharia aqui as funções de um «notário do Estado», parece-nos que a promulgação e assinatura vêm a assumir na nossa ordem constitucional carácter constitutivo [5].

A promulgação é um acto do Presidente da República mediante o qual este atesta ou declara que um determinado diploma foi elaborado por um determinado órgão constitucional para valer formalmente como lei, decreto-lei ou decreto regulamentar [6]. Discutida é, porém, qual a verdadeira natureza da promulgação. As principais teorias são quatro.

1) *Teoria declarativa*

De acordo com esta teoria, o Presidente da República, com a promulgação, limitar-se-ia a atestar a existência da lei e o regular processo da sua formação. Seria, por isso, uma espécie de notário da lei, atestando a regularidade formal e orgânica do diploma.

2) *Teoria legislativa*

Para esta doutrina, o Presidente da República participaria, com a promulgação, no exercício da função legislativa. Deste modo, a promulgação constituiria um elemento necessário para a perfeição da lei e não apenas um requisito de eficácia.

[4] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos* cit., p. 656.

[5] Cfr., por ex., NIERHAUS, *Entscheidung, Prãsidialakt und Gegenzeichnung* Miinchen, 1973, pp. 91 ss; K. STERN, *Staatsrecht,* Vol. III, pp. 228 ss; BiSCARETTi DI RUFFIA, «Sanzione, assenzo e veto dei capo dello stato nella formazione delle legge negli ordinamenti costituzionali moderni», in *RTDP,* 1958; J. H. HERZOG/G. VLACHOS, *La promulgation, la signature et la publication des textes legislatifs en droit compare.* Paris, 1961.

[6] Cfr. JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 428, onde se podem ver as diferentes «formas de intervenção do Chefe do Estado em relação ao processo legislativo» e as diferenças entre *promulgação, sanção e veto.*

3) *Teoria da administração*
A promulgação é concebida aqui como uma espécie de *cláusula executiva.* Seria ela que conferiria à lei o «crisma da autoridade» e o vigor da «executoriedade».
4) *Teoria do controlo constitucional*
A promulgação seria um acto a *se stante,* do Presidente da República, mediante o qual este exercita um controlo constitucional sobre a regularidade do acto normativo e sobre a sua legitimidade constitucional. Problema é o de saber se o *direito de controlo* presidencial se limita à constitucionalidade formal ou se se deverá alargar ao controlo da conformidade intrínseca do acto com a Constituição.
Esta última tese, que considera a promulgação como manifestação de um típico poder presidencial, parece ganhar mais sufrágios ultimamente. Encontraria apoio no *direito de veto* suspensivo atribuído ao Presidente da República (cfr. arts. 139.° e 279.°/l/3).

Finalmente, a direcção política do Presidente depende da forma como se concebe a «diarquia» Presidente-Governo e das relações Go-verno-Parlamento, o que pode conduzir a práticas políticas bastante diferenciadas.

3. Poderes de controlo

3.1 Importantes na estrutura constitucional portuguesa são ainda os *poderes de controlo* do Presidente da República.

Os autores salientam que nalguns sistemas (sobretudo os de regime parlamentar) a maior parte dos actos presidenciais carece de referenda ministerial e noutros existe a assumpção de uma responsa-bilidade política por parte de outros órgãos (ex.: leis e decretos-leis enviados para *promulgação).* Ao Presidente da República não pertenceria, por isso, qualquer liberdade de conformação política, tendo a promulgação ou assinatura de diplomas legislativos um simples significado formal.

Nos termos da CRP, os poderes de controlo jurídico, formal e material (a doutrina alemã fala aqui de *rechtliche Prufungsbefugnis),* do Presidente da República são indiscutíveis. Por um lado, o Presidente pode e deve, quando os actos legislativos lhe são enviados para promulgação, controlar a regularidade formal do processo legislativo adoptado *(direito de controlo formal)* e, por outro lado, pode e deve averiguar se esses actos são materialmente conformes com a Constituição *(direito de controlo material).*

Este direito de controlo jurídico justifica-se porque o Presidente da República está obrigado a

cumprir e defender a lei constitucional editada por um poder constituinte. Além disso, nos termos do juramento, o Presidente da República compromete-se a ser um dos «guardiões» da Constituição. Neste contexto se situa o *direito de veto por inconstitucionalida.de,* na sequência do julgamento preventivo da inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (cfr. arts. 137 *°lg* 278.71 e 279.°), e o direito de requerer a declaração *a posteriori* da inconstitucionalidade de normas jurídicas (arts. 137.7/i e 281.72/a).
Em virtude dos poderes de conformação política reconhecidos ao Presidente da República, a CRP atribui a este o *direito de veto político.* Quer dizer: o controlo (melhor: o *controlo prévio)* do Presidente da República estende-se ao próprio mérito e oportunidade política das medidas legislativas (cfr. art. 139.°). A doutrina alude aqui a um *direito político-material de controlo (sachliches Priifungsrecht).*
A consagração expressa do direito de veto por inconstitucionalidade e do direito de veto político revela, pois, que, entre nós, o controlo prévio do Presidente da República não é apenas um controlo jurídico *(rechtliches Priifungsrecht, rechtswahrende Kontrollfunktion)* mas também um controlo político *(sachliches Priifungsrecht).* A conformação constitucional do veto político aponta para a ideia de que o Presidente, ao exercer esse direito, desenvolve um poder de direcção política não inteiramente reconduzível a uma mera actividade de controlo [7].
O controlo político prévio através do veto pelo Presidente da República não radica na concepção da antiga *sanção* régia nem no *pocket veto* americano. A sanção régia exprimia a contitularidade da função legislativa pelo Chefe do Estado, enquanto que o veto presidencial pressupõe a titularidade exclusiva da AR e do Governo; o *pocket veto* americano é uma táctica de bloqueio da lei sem limites de tempo, ao passo que no direito português há prazos constitu-cionalmente fixados para o exercício do direito de veto e emissão da mensagem de reenvio (cfr. art. 139.°). Relativamente à recusa de referendo parece, porém, já ser admissível a prática da «recusa de bolso» traduzida na actividade omissiva ou silente do PR. Cfr., porém, ainda hoje, no direito brasileiro, o sentido do veto e da sanção em termos clássicos na obra de J. Afonso da Silva, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional,* p. 217.
3.2. Diferente do veto, mas igualmente revelador de um poder autónomo do PR, é o direito *de recusa de referendo* relativamente a
[7] Sobre o direito de veto cfr., entre nós, M. Salema, O *Direito de veto na constituição de 1976,* Braga, 1980, pp. 21 ss.; Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos,* cit., p. 434 ss.

propostas que nesse sentido lhe tenham sido apresentadas pela Assembleia da República ou o Governo (CRP, art. 118.71). Este poder de recusa é definitivo (não pode ser superado). No caso de eventuais «motorizações referendarias» o PR desempenha aqui um papel importante na harmonização dos princípios republicanos («supremacia parlamentar») com as exigências da democracia directa («optimização democrática»).

B I *A ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA (AR)*

I — Posição jurídico-constitucional

1. A AR é uma «assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses» (art. 150.°). Trata-se, pois, de um *órgão constitucional de soberania* que representa «todos os cidadãos portugueses». A este enunciado linguístico subjaz a ideia de a AR representar não apenas os cidadãos que, através do voto geral, directo, livre e secreto participaram na eleição, mas também aqueles que não votaram ou não puderam votar (por incapacidade, impossibilidade ou opção expressa pela abstenção).

O facto de o órgão parlamentar representar todos os portugueses explica, de algum modo, que o deputado continue a ser considerado como «representante» do povo e não apenas do partido que o propôs ou do círculo eleitoral pelo qual foi eleito (cfr. art. 152.73). Não sendo «deputados locais» ou regionais, mas deputados de «todo o país» (art. 152.73), compreende-se a consagração do princípio do *mandato livre* e não do mandato imperativo.

2. A compreensão jurídico-constitucional da representação parlamentar não se reconduz ao modelo representativo liberal. A relação deputado-eleitores é hoje substituída por uma «referência triangular», onde converge relação entre os eleitores e os partidos e a relação entre os partidos e os deputados, além da referida relação eleitores-repre-sentantes. Daí a afirmada prevalência do mandato do partido sobre o do eleitorado (DUVERGER) e a consideração da dependência de deputado em relação ao partido como o «sucedâneo funcional do mandato imperativo» (BOBBIO)[8].

[8] Bom resumo do estudo da questão pode ver-se em TORRES DEL MORAL «Cri-sis del mandato representativo en el Estado de Partidos», *Revista de Derecho*

Esta relevância constitucional da relação deputados-partidos está expressa, por ex., no facto de as eleições parlamentares implicarem necessariamente a mediação partidária (art. 154.°), na existência de grupos parlamentares com base partidária (art. 183.°), no regime de constituição das comissões parlamentares (art. 181.°) e na forma como o Estatuto de Deputados (L n.° 3/85, de 13-3) regula as vagas e substituições de deputados.

3. As considerações anteriores justificam que se pergunte, logicamente, pelo valor e pelo sentido dos preceitos constitucionais consagradores, de forma expressa ou implícita, do mandato imperativo. A interrogação tem relevo prático nos seguintes problemas: (1) titularidade dos mandatos; (2) sanções dos partidos aos deputados; (3) abandono do partido; (4) cisão de um partido durante a legislatura; (5) rotatividade dos deputados.

Relativamente ao primeiro problema ainda se poderá dizer que se os partidos são elementos funcionais da democracia parlamentar, dinamizando o processo eleitoral e o funcionamento da assembleia representativa, já a titularidade dos mandatos é individual, compondo-se o parlamento por deputados e não por grupos.

No que respeita ao segundo problema, a proibição do mandato imperativo poderá ter efeito útil de duas formas. Em primeiro lugar, a disciplina partidária de voto e a existência de instruções partidárias conduz à possibilidade de sanções internas dos partidos contra os deputados, mas não pode obrigar o legislador ordinário a estabelecer sanções que pressuponham a existência de um mandato imperativo. Além deste efeito — limite constitucional para o legislador — a proibição do mandato imperativo elimina a «multa» do deputado enquanto deputado, independentemente das eventuais consequências no plano das relações partido-deputado.

No caso de abandono do partido pelo deputado, este não está obrigado constitucionalmente a demitir-se como deputado (cfr., porém, art. 163.71/c), podendo continuar a ter assento no parlamento como «deputado independente» se e enquanto não se inscrever noutro partido.

Político, 19; ELOY GARCIA, *Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos,* 1989, p. 112 ss; VIRGA, *Diritto Costituzionale, 9.'* ed., 1979, p. 150 ss.; F. CAAMANO DOMINGUEZ, "Mandato Parlamentado y Derechos Fundamentales". Notas para uma teoria de la representacion "constitucionalmente adequada", in REDC, 12 (1992), p. 132.

Problemas complexos não deixam de suscitar algumas práticas destinadas a assegurar as relações entre o deputado e o partido, designadamente: (1) demissão em branco *(Blankoverzicht),* assinada antes da assunção do mandato; (2) contrato inominado e disposição antecipada do mandato *(Pledge),* em que o deputado se obriga a pedir a demissão quando o partido o solicita; (3) demissão em caso de abandono do partido, como norma consuetudinária ou de «cortesia».

A doutrina espanhola tem estado particularmente atenta aos novos ques-tionamentos da teoria da representação no "Estado de partidos". Cfr., GONZA-LEZ ENCINAR (coord.) - *Derecho de Partidos,* Madrid, 1992; R. BLANCO VALDES - *Los Derechos Políticos,* Madrid, 1990, p. 141 ss; CHUECA RODRI-GUEZ, "Sobre la irreductible dificuldad de la representacion política", REDC, 21 (1987), p. 17 ss; CAAMANO DOMINGUEZ, "Mandato Parlamentario y Derecho Fundamentales", REDC, 12 (1992), p. 132 ss.

Na hipótese de cisão, permanece a titularidade individual do mandato, sendo uma questão a regular pela lei de partidos ou pela prática política o problema de saber qual dos grupos deve ser considerado como o continuador do partido originário [9].

A prática de *rotação* de deputados coloca sobretudo problemas nas hipóteses de uma "renúncia em branco" dos deputados por deliberação do partido ou grupo parlamentar. Invocam-se aqui três princípios: liberdade do mandato, imediaticidade do voto e funcionalidade do Parlamento.

4. A configuração do deputado em termos individuais não oculta que as normas constitucionais e regulamentares apontam para uma supremacia (pelo menos processual) dos grupos parlamentares sobre os deputados e, tendencialmente, dos partidos sobre os próprios grupos. Estes são constituídos pelos «deputados eleitos por cada partido ou coligação de partidos» (art. 183.°/l); o preenchimento das vagas (vagatura do mandato) e a substituição temporária dos deputados (suspensão do mandato) cabe a um candidato a substituir (da lista apresentada pelo partido ou coligação); a Comissão Permanente da AR é composta pelo Presidente da AR e pelos vice--presidentes e por «deputados indicados por todos os partidos» (art. 182.72); a mesa da AR é composta, além de outros, por quatro vice-presidentes «eleitos sob proposta dos quatro maiores grupos parlamentares» (art. 178.*°lb).* Daí o afirmar-se que a «AR funciona muito mais como um conjunto de GPS do que como um conjunto de depu-

[9] Cfr. MORTATI, *Istituzioni,* Vol. I, p. 489; KREMER, *Der Abgeordnete zwischen Entscheidungsfreiheit und Parteidisziplin,* 1953, p 87; HESSE, *Grundziige,* 601; STERN, *Staatsrecht,* I, 24. Entre nós, cfr. agora, M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* pp. 110 ss.

8. A AR é um *órgão colegial.* O seu órgão principal — *o Plenário* — é composto por deputados directamente eleitos (cfr. art. 151.°). O número mínimo de deputados é de 230 e o número máximo de 235, eleitos segundo o método proporcional de *Hondt.*
A AR necessita, para a sua organização e funcionamento, de *órgãos auxiliares* que dispõem de uma certa autonomia e de direitos específicos dentro do âmbito global do órgão parlamentar.
Estes órgãos auxiliares são, por vezes, designados por *sub-órgãos (Unter-Organe)* ou como «partes do órgão» *(Organteile)* com capacidade jurídica interna *(innen rechtsfähige Organteile).* Cfr., WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht,* Vol. I, pp. 74 ss; STEIGER, *Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungsystems,* 1973, p p. 146 ss.
Os órgãos auxiliares mais importantes são o *Presidente da AR* (art. 178.°), a *mesa* da AR (art. 178.°/è), as *comissões* (art. 181.°) e, em certos termos, os *grupos parlamentares* (art. 183.°).
As comissões são constituídas para desempenharem a tarefa de preparação, classificação e aprofundamento dos trabalhos parlamentares. Há que distinguir entre *comissões permanentes facultativas* (comissões especializadas), constituídas de acordo com o Regimento da AR (cfr. art. 181.°/1 da Const. e arts. 30.° a 40.° do Regimento da AR) e *Comissão Permanente,* de constituição obrigatória, nos termos do art. 182.° da CRP. Esta Comissão funciona fora do funcionamento efectivo da AR e durante os períodos em que se encontrar dissolvida (art. 182.°/1), desempenhando, em alguns casos, funções substantivas do Plenário (cfr. art. 182.73/a, *b, e tf).* Distintas das comissões especializadas permanentes são as *comissões parlamentares de inquérito* (art. 181.71) e as comissões *adhoc* (art. 181.71) [10].
Os grupos parlamentares, embora não sejam órgãos do parlamento (não são expressão do parlamento mas dos partidos nele representados) constituem associações dotadas de poderes parlamentares autónomos e de uma relativa capacidade jurídica (cfr. arts. 179.73, 183.72, 195.73, 197.71). Agrupam os membros da Assembleia da República segundo a filiação político-partidária (art. 183.°) e dispõem de poder de organização interna (art. 183.73). Pelas funções e tarefas que lhes são consti-tucionalmente atribuídas (cfr. art. 183.72) são «*entidades* estruturais do parlamento» e «garantias institucionais» do funcionamento democrático da assembleia representativa dos cidadãos.
[10] Cfr. ROGÉRIO SOARES, «As Comissões parlamentares permanentes. Países não socialistas», in *BFDC,* LVI, 1980, p. 156.

A natureza jurídica dos grupos parlamentares tem sido objecto de largas discussões: «órgãos do parlamento», «parte do órgão parlamentar», «associações de direito público», «corporações de direito público», «associações desprovidas de capacidade jurídica, mas com capacidade interna», «órgãos de partidos». Entre nós, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotações ao art. 183.°. Relativamente às comissões cfr. ROGÉRIO SOARES, «AS Comissões Parlamentares Permanentes», in *BFDC,* Vol. LVI (1980). Sobre as caracterizações mais vulgares dos grupos parlamentares cfr. STEIGER, *Organisatorische Grundlagen,* p. 114. Se os grupos parlamentares são entidades distintas dos deputados, também não são simplesmente um «partido no parlamento», podendo até haver divergências entre partidos e grupos na prática política quotidiana e, em menor medida, na definição programático-partidária. Além disso, a sua existência justifica-se não apenas por interesse dos partidos políticos, mas também no interesse da operatividade e capacidade funcional do Parlamento. Cfr., sobre isto, w. HAUENSCHILD, *Wesen und Rechtsnatur der parlamentarische Fraktion,* 1968; T. von SEYSE-NEGG, *Die Fraktion im Deutschen Bundestag und ihre Verfassungsrechtliche Stellung,* dis. Freiburg, 1971; PIZZORUSSO, / *gruppi parlamentari come soggetti di diritto,* Pisa, 1969; SAVIGNANO, / *Gruppi parlamentari,* Napoli, 1965; M. WALINE, «Les groupes parlementaires en France», in *RDPSP,* 1961; TORRES DEL MORAL, «LOS grupos parlamentados», in *RDP,* 9, P. 34; M. ALBA NAVARRO, «La creación de grupos parlamentados», in *RDP,* 14, pp. 79 ss; M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos,* p. 106.

9. A AR é um *órgão arbitrai* no sentido de que, desenvolvendo--se no seu seio o confronto de forças politicamente plurais e confli-tuais, ela deve assegurar uma *estrutura processual* tendencialmente harmonizante dos vários interesses em jogo (informação dos partidos, instituição da conferência dos presidentes dos grupos parlamentares, fixação da ordem-do-dia, recurso das decisões do Presidente para o Plenário). As exigências do princípio democrático traduzem-se aqui no facto de o parlamento desenvolver a sua actividade de acordo com certas regras públicas e transparentes. A «legislação segundo o processo» ganha relevância contra a deformação da função parlamentar (obstrucionismo, imobilismo, prepotências da maioria, «política de corredor», «acordos de família»).

II — Competências e funções

Não é possível desenvolver aqui uma análise aprofundada dos vários modos de sistematização das funções da AR. A competência e as funções de um órgão dependem da forma de governo constitucio-nalmente adoptado. Por isso, uma tentativa de síntese deve ter em conta, em primeiro lugar, a caracterização concreta, a definição de

competências e a coordenação de órgãos de soberania estabelecidas na lei constitucional positiva. Além disso, a perspectiva a adoptar pode ser: (1) *funcionalmente* dirigida (o que interessa é determinar as funções de um órgão); (2) *formalmente* orientada (importa sobretudo apurar a forma de desenvolvimento e expressão da actividade do parlamento). De acordo com o critério funcional, distinguir-se-ão as seguintes funções principais: (1) função electiva e função de criação de determinados órgãos; (2) função de controlo e de fiscalização; (3) função legislativa; (4) função autorizante; (5) função de representação. De acordo com o critério formal, ter-se-ão em conta sobretudo os decretos, as resoluções, as moções e as interpelações (cfr. Regimento da AR, arts. 125 ss).

III — Funções

1. Função electiva e de criação

A CRP atribui à AR competência para a eleição de determinados órgãos constitucionais ou de alguns membros destes (cfr. art. 166.° */h* e *i):* de 10 juizes de Tribunal Constitucional, do Provedor de Justiça, do Presidente do Conselho Económico e Social, de 7 vogais do Conselho Superior da Magistratura, de 5 membros para a Alta Autoridade para a Comunicação Social (cfr. art. 39.°/2), de 5 membros do Conselho de Estado (art. 166.°*lh).* A competência electiva ou criadora de órgãos pode resultar também da lei ordinária.

2. Função legislativa

A AR é o órgão legislativo por excelência, a ela cabendo *& função de fazer as leis.* A função legiferante não é hoje um monopólio da AR, dado que o Governo e as assembleias regionais têm também competência legislativa (decretos-leis e decretos legislativos regionais), mas o órgão legiferante primário é ainda o parlamento ao qual se atribui uma reserva de *competência legislativa absoluta* para certas matérias (cfr. art. 167.°), ao lado de uma reserva *relativa* de competência para outros domínios materiais (cfr. art. 168.°). Este «privilégio» legislativo da AR tem uma importância nem sempre correctamente assinalada pela doutrina. Não obstante a ausência de um monopólio legislativo do Parlamento, a supremacia legislativa da AR revela-se ainda: (1) na inexistência de mecanismos de iniciativa

legislativa popular; (2) na inexistência de plebiscitos legislativos ou de referendos em matérias de competência político-legislativa absoluta da AR (cfr. art. 118.°/3); (3) na inexistência de quaisquer poderes legislativos excepcionais ou constitucionais em tempo de crise; (4) na limitação da faculdade de delegação ou de autorização legislativa da AR; (5) no estabelecimento de uma reserva de competência legislativa (cfr. arte. 167.° e 168.°).

3. Função de controlo [u]

Uma das mais importantes funções da AR é *& função política de controlo* («função de inspecção», «função de fiscalização»).

As funções de controlo (cfr. art. 165.°), ao contrário do que por vezes se afirma, não se identificam com os mecanismos destinados a dar operacionalidade à *relação de confiança* parlamento-governo. As funções de controlo existem mesmo em regimes não parlamentares (ex.: no sistema presidencial americano) e têm por objecto não apenas as actividades do governo, mas também outras esferas de actividade (ex.: administração pública, magistratura). Os actos geralmente considerados como «actos típicos» de controlo são os seguintes.

a) *Perguntas e interpelações*

As *perguntas* consistem no pedido que qualquer deputado pode fazer por escrito ou oralmente ao governo, no sentido de apurar a veracidade de um facto, averiguar da tomada ou não tomada de resoluções. De uma forma global, trata-se de possibilitar ao deputado fazer perguntas e obter resposta em prazo razoável (cfr. arts. 159.7c, 165/a e 180.72) sobre «quaisquer actos do Governo ou da Administração pública». O *direito de interpelação* é reconhecido constitu-cionalmente aos grupos parlamentares (art. 183.72/c). As interpelações incidem não sobre actos ou factos isolados do governo e da administração, como as perguntas, mas sobre «assunto de política geral» (cfr. art. 183.72-c), que, como é evidente, pode ter como pretexto problemas surgidos em domínios sectoriais da actividade governamental[12].

[11] Cfr. António Vitorino, «O controlo parlamentar dos actos do governo», in Baptista Coelho (org.), *Portugal Político,* cit., p. 369 ss.

[12] Cfr. S. Morscher, «Die parlamentarische Interpellation in der Bundesre-publik Deutschland, in Frankreich, Grossbritanien, Õsterreich und der Schweiz», in *JÕR,* 1976, pp. 53 ss.

b) *Inquéritos*
O direito de proceder a inquéritos é uma das formas de a AR, independentemente de outros órgãos do Estado, proceder à obtenção de informações necessárias ao exercício da sua actividade de controlo (cfr. art. 181.74). Para este efeito, a AR pode constituir através de resolução *comissões de inquérito,* que «gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais» (art. 181.75). Para evitar a obstrução da maioria à constituição de comissões de inquérito, a CRP, na redacção da LC n.° 1/82, estabelece a obrigatoriedade da sua constituição sempre que tal seja requerido por 1/5 dos deputados em efectividade de funções (art. 181.74)[13].
A letra do art. 181.74 deixa em aberto o fim ou fins das comissões parlamentares de inquérito. Daí que eles possam abranger: (1) os *inquéritos legislativos* destinados a colher informações com vista à preparação de projectos legislativos; (2) os inquéritos adequados a assegurar e manter a reputação e prestígio do parlamento; (3) os inquéritos tendentes a controlar abusos e irregularidades do Governo e da administração.
Não obstante as comissões de inquérito gozarem de poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias (art. 181.75), o valor jurídico das *conclusões* do inquérito não é o mesmo da sentença judicial. Os resultados práticos traduzir-se-ão nos juízos de ordem política e nas recomendações directivas que as comissões possam formular.
Não é fácil delimitar o âmbito das comissões de inquérito. A regra é a de que o direito de inquérito existe em relação a assuntos para os quais o parlamento é competente, mas não para questões que são de exclusiva competência de outro órgão de soberania. Mas esta teoria — *Korollar-Theorie* lhe chama a doutrina alemã — que limita as comissões de inquérito ao âmbito da competência do Parlamento, não é fácil de precisar, porque se ela pretende manter válido, também neste campo, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, há casos em que o princípio sofre entorses na própria Constituição. Líquido parece ser que as comissões de inquérito não podem incidir sobre assuntos sujeitos a segredo de justiça e já confiados aos tribunais e que a elas está vedado transformarem-se em comissões de fiscalização permanente dos actos do executivo. Dúvidas existem quanto a comissões de inquérito relativas a assuntos incluídos no âmbito da administração autónoma [14].

[13] António Vitorino, «O controlo parlamentar dos actos do Governo», cit., p. 381, alude aqui a comissões «constituídas em termos de direito potestativo».

[14] Cfr. sobre isto: D. Bodenheim, *Kollision parlamentarische Kontrollrechte,* 1979, pp. 84 ss; Fenucci, *Limiti dei parlamentari,* Napoli, 1968; Pace, // *potere di inchiesta delle assemblee legislative,* Milano, 1973. Entre nós, cfr. Gomes CaNOTI-

Parece também que as comissões de inquérito não podem incidir sobre a esfera privada do cidadão: a protecção dos direitos fundamentais constitucio-nalmente consagrada vale perante os inquéritos parlamentares não devendo estes inquéritos transformar-se em "processos penais" apócrifos sem a observância dos princípios constitucionais e legais vinculativos destes. Os limites entre esfera privada e interesse público é difícil de estabelecer, designadamente quando, por vezes, os inquéritos se referem a deputados e o comportamento destes ameaça o prestígio e reputação do parlamento (cfr. Par. CC n.° 14/77).
Exigência ineliminável do requerimento de inquérito é a da determinação do objecto — a doutrina alemã alude a este respeito à *exigência da determinabilidade (Bestimmtheitsgebot)* —, pois um requerimento ou proposta que não indique os fundamentos e delimite o seu âmbito deve ser liminarmente rejeitado pelo Presidente da AR (cfr. art. 251.° do Reg. da AR).

c) *Petições*

Através do exame de petições (cfr. arts. 52.° a 181.73 da CRP e arts. 244.° ss do Reg. da AR) a AR pode controlar abusos da administração que lhe são levados ao conhecimento através de petições, representações, reclamações ou queixas. Precisamente por isso, as petições que reunam certas condições (assinadas por mais de mil cidadãos ou que o Presidente ou comissões assim o deliberem) devem ser publicadas na íntegra (art. 249.° do Reg. da AR) e o autor ou primeiro peticionário têm o direito de ser informados do relatório da comissão competente e das diligências subsequentes que tenham sido adoptadas (cfr. art. 250.° do Reg. da AR). A LC 1/89 estabeleceu uma imposição legislativa no sentido de fixar as «condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário» (CRP, 52/2.°). Por sua vez, o art. 181.73 (também na versão da LC 1/89) prevê a possibilidade de serem constituídas especialmente comissões parlamentares para apreciarem as petições dos cidadãos.

d) *Moções de censura*

Faz parte da «essência» do «princípio parlamentar» a sujeição do governo ao controlo político do parlamento, cujo instrumento mais radical é a *moção de censura.* Através da moção de censura, de
LHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação ao art. 183.° No direito brasileiro, cfr., por todos, OLIVEIRA BARACHO, *Teoria Geral das Comissões Parlamentares,* Rio de Janeiro, 1988.

tados» (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA). O grupo parlamentar é, tendencialmente, o partido no parlamento.
5. A Assembleia da República é um *órgão de soberania autónomo (princípio da autonomia do parlamento).* O princípio da autonomia da AR revela-se, por ex., na sua competência regimental, na eleição do Presidente e de membros da mesa (art. 178.7a/&), no direito de auto-reunião (art. 176.° e 177.7a), na fixação da ordem-do--dia pelo Presidente da AR (art. 179.°), nos poderes administrativos e policiais deste (cfr. art. 184.°) e na sua autonomia administrativa e financeira. Autonomia significa ainda que a AR não está sujeita a quaisquer ordens ou instruções de outros órgãos.
6. A Assembleia da República é um *órgão permanente,* embora com algumas aflorações do antigo *princípio da descontinuidade do Parlamento.*

O princípio da descontinuidade do parlamento que vem desde Eduardo I e se confirmou como princípio consuetudinário, significava que a assembleia representativa era um órgão irregular, de funcionamento intermitente e por curto espaço de tempo. No plano de teoria política foi aplaudido quer por LOCKE quer por MONTESQUIEU.

O primeiro considerou precisamente que *«Constant frequent meetings of the legislative, and continuations of their assemblies, without necessary occasion, could not but the burthensome to the people, and must necessarily in time produce more dangerous inconveniencies»* (Cfr. J. LOCKE, *Two Treaties,* XIII, p. 156). O segundo escreve em *De UEsprit des Lois,* Livro XI, cap. 6: *«Il serait inutile que le corps législatif fut toujours assemblé. Cela serait incommode pour les représentants, et d'ailleurs occuperait trop la puissance exécutrice, qui ne penserait point a exécuter, mais a défendre ses prérogatives, et le droit qu 'elle a d'exécuter».* O mesmo princípio continuou nas monarquias constitucionais dualistas em que se limitava o período das sessões e se considerava o parlamento como órgão do Estado apenas comparticipante em alguns assuntos políticos. Isto significava que o princípio da descontinuidade dizia respeito não apenas ao período da legislatura mas também ao período de sessões. Cfr. sobre o princípio em análise JEKEWITZ, *Der Grundsatz der Diskontinuität der Parla-mentsarbeit im Staatsrecht der Neuzeit und seine Bedeutung auf die Parla-mentsdemokratie des Grundgesetzes,* 1977.

O princípio democrático exige que o órgão representativo seja um *órgão permanente.* Todavia, o princípio da descontinuidade continua a encontrar algumas aflorações: (1) *descontinuidade de legislatura* sob o ponto de vista material *(descontinuidade material)* que implica, por ex., a necessidade de renovação da iniciativa dos

projectos e propostas de lei e de referendo não votados na anterior legislatura (cfr. art. 170.74, da CRP, e art. 132.72/a do Reg. AR), a caducidade das autorizações legislativas (cfr. art. 168.74); (2) des-continuidade da legislatura sob o ponto de vista pessoal *(desconti-nuidade pessoal),* pois a continuidade institucional do órgão pressupõe a renovação pessoal, mesmo quando se verifica a reeleição de deputados; (3) consagração da existência de *sessões legislativas* (art. 177.°) — tempo em que a AR reúne — embora o *sistema das sessões* surja na CRP muito atenuado e quase substituído pelo *sistema da permanência.*

O sistema de permanência não significa que os órgãos parlamentares reunam permanentemente, mas sim que a assembleia representativa pode reunir quando desejar e pelo tempo que quiser. O *sistema das sessões* caracteriza-se pelo facto de se fixar um período de tempo durante o qual eles estão habilitados a reunir. Nos termos da CRP existe um período normal de funcionamento da AR — de 15 de Outubro a 15 de Junho — (art. 177.72). Todavia, a sessão legislativa tem a duração de 1 ano (art. 177.71), podendo a AR deliberar suspensões ou prorrogar o período normal de funcionamento (art. 177.73). Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 177.°

Consagrando a CRP o princípio da *descontinuidade material e pessoal,* ao lado do *princípio da continuidade institucional* (continuidade como órgão), compreende-se que, rigorosamente, não devam ser abrangidas pelo primeiro princípio as matérias não carecedoras de deliberação, como, por ex., os resultados das comissões de inquérito, as informações do Governo, as petições dos cidadãos. Ficarão, porém, sem objecto, e são, portanto, abrangidos pelo princípio da descontinuidade, os pedidos de suspensão de deputados para efeitos de procedimento criminal (art. 160.73), pois a garantia de imunidade termina no fim da legislatura.

7. O parlamento português — AR — é um *órgão unicameral,* na tradição do monocameralismo consagrado na Constituição de 1822, mas não acolhido nas outras Constituições (1826, 1838, 1911 e 1933), que, de uma forma ou de outra, optaram pela existência de uma segunda câmara (Câmara dos Pares, Senado, Câmara Corporativa). Esta segunda câmara considerou-se injustificada num Estado unitário e democrático. Estando fora de causa a continuação ou introdução de uma 2.ª câmara «aristocrática», «corporativa» ou «federal», só teria sentido uma «câmara alta» democrática, com os mesmos poderes e a mesma base da legitimação de uma «câmara baixa».

iniciativa parlamentar (ao contrário da *moção de confiança* que é de iniciativa governamental), a AR põe em jogo a *responsabilidade política do Governo* (cfr. arts. 197.° e 198.71-/), implicando a aprovação da moção de censura a demissão do Governo. Este controlo parlamentar é um *controlo material,* pois pode dirigir-se: (1) à fiscalização dos resultados da actividade legislativa (de *Leistungskontrolle* fala a doutrina alemã); (2) à fiscalização das vias e fins da política governamental *(Richtungskontrolle).* É também um *controlo pessoal* na medida em que pode pôr em causa a capacidade política do Pri-meiro-Ministro e, indirectamente, dos seus ministros, para levarem a cabo determinada política.

4. Função de fiscalização

A função controlante da AR é mais extensa do que a função de controlo político do Governo. A AR exerce uma vasta *função fiscalizadora* (cfr. art. 165.°) que vai desde o controlo do cumprimento da Constituição e apreciação dos actos de Governo (de que já se falou) até à fiscalização dos *estados de necessidade constitucional* (cfr. art. 164.°/m e *n).* De registar ainda o controlo financeiro das contas do Estado (art. *\65.°ld)* e a apreciação dos relatórios de execução anuais e finais dos planos (art. 165.%).

5. Função autorizante

Através da função autorizante a AR exerce não apenas uma função de controlo mas também uma função de *indirizzo político.* Compete, na realidade, à AR, autorizar certos actos de inequívoco significado político, o que leva alguns autores a falar aqui em «competência de *co-decisão».* É o caso da autorização ao Governo para contrair ou conceder empréstimos (cfr. art. 164.70, da autorização ou confirmação da declaração do estado-de-sítio e estado de emergência, da autorização da declaração de guerra ou da feitura da paz (art. 164.7m e *n),* das autorizações legislativas (art. 168.72).

6. Função de representação

Como já se assinalou, a AR representa «todos os cidadãos portugueses». Esta função de representação explica a "parlamentariza-

ção" de alguns domínios tradicionalmente pertencentes aos presidentes da república e aos monarcas. É o que se passa com as relações internacionais, onde a função de representação se conexiona com a corresponsabilidade e participação do órgão representativo na definição «convencional» da política portuguesa: aprovação de tratados de participação de Portugal em organizações internacionais, aprovação de tratados de amizade de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e os respeitantes a assuntos militares (cfr. art. 164.°//). No mesmo sentido apontam a necessidade de autorização (cfr. função autorizante) para a prática de outros actos como os actos de declaração de guerra e da feitura da paz (cfr. art. 164.°/n).

C I *O GOVERNO*

I — O conceito orgânico-institucional de governo e posição jurídico-constitucional

1. O Governo

A palavra 'governo' é plurisignificativa: (1) é o complexo orga-nizatório do Estado (conjunto de órgãos) ao qual é reconhecida competência de direcção política (ex.: forma de governo); (2) conjunto de todos os órgãos que desempenham tarefas e funções não enquadráveis no «poder legislativo» e no «poder jurisdicional» (ex.: «poder executivo»); (3) órgão constitucional de soberania com competência para a condução da política geral do país e superintendente na administração pública (cfr. art. 185.° da CRP). Neste último sentido ele irá ser estudado no presente número.

1.1. O Governo é constituído e garantido como *órgão constitucional de soberania* (art. 185.°) ao qual é confiada, a título principal, a «função de governar» (conduzir a política geral do país e superintender na administração pública).

1.2. O Governo é institucionalmente constituído por três *órgãos necessários,* distintos mas estreitamente conexionados (cfr. art. 186.°): *o Primeiro-Ministro, o Conselho de Ministros* e os *ministros,* individualmente considerados. Quando se fala em *Governo* no sentido

rigoroso deve entender-se o Governo como *órgão colegial* e não o Primeiro-Ministro e ministros. Neste sentido, a CRP atribui determinadas competências ao Governo que só ele, como órgão colegial, pertence exercer (cfr. arts. 200.°, 201.° e 202.°).

1.3. Embora o Governo seja responsável perante o Presidente da República (cfr. art. 193.°) e perante a Assembleia da República, ele não é nem uma «comissão do parlamento» nem um «executivo» submetido ao Presidente da República. É um *órgão constitucional autónomo* com competência (política, legislativa e administrativa) específica.

1.4. O Governo forma um *órgão colegial e solidário.* Sendo o Governo dotado de existência própria, distinta da dos seus membros, compreende-se que ele seja um órgão colegial e solidário: através do *princípio da colegialidade* impõe-se a definição das linhas gerais da política pelo Conselho de Ministros, a este pertencendo definir a execução dessa política (cfr. art. 192.°). Através do *princípio da solidariedade* pretende-se significar que se um ministro é individualmente responsável pelos seus actos, também o é, enquanto membro do Governo, pela política geral deste, ainda que executada pelos diferentes colegas do «gabinete». Daí a vinculação de todos os ministros ao programa do governo e às deliberações tomadas em Conselho de Ministros (cfr. art. 192.°).

1.5. O Governo é um *órgão colegial hierarquicamente estruturado.* Os membros do Governo não têm todos a mesma hierarquia.

O Primeiro-Ministro dispõe de preeminência, pois ele desenvolve não apenas «funções presidenciais» como chefe do executivo, mas também competências constitucionais próprias (cfr. art. 204.°) que lhe são atribuídas a título de *Premier* (direcção da política geral do Governo, coordenação e orientação da política dos ministros). Os outros membros do Governo também não têm o mesmo «peso»: o Vice ou os Vice-Primeiro-Ministros, quando os houver, são considerados hierarquicamente superiores (cfr. art. 194.°/2). Os decretos de nomeação estabelecem também uma certa categorização, sendo de sublinhar a posição hierárquica cimeira atribuída aos *ministros de Estado* (personalidades encarregadas de garantir, a nível governamental, a solidariedade das coligações partidárias, ou personalidades consideradas de decisivo «peso» político).

Problemática se afigura já a invocação do princípio da *hierarquia* para justificar, por ex., a avocação de assuntos pelo Primeiro-

-Ministro, ou o voto de qualidade do Primeiro-Ministro no seio do Conselho de Ministros.
1.6. O Governo dispõe do *poder de auto-organização.* Por poder de organização entende-se aqui o complexo de competências atribuídas ao Governo (Conselho de Ministros, Primeiro-Ministro, ministros) para tomar medidas destinadas à formação do Governo, à sua organização interna (número de ministros e secretários de Estado e respectivo âmbito de competência) e ao seu funcionamento. Esta auto-organização é constitucionalmente considerada^ da *competência legislativa reservada do Governo* (cfr. art. 201.°/2). É no exercício do poder de organização interna que o Governo pode criar *órgãos não necessários,* como, por ex, Vice-Primeiros-Ministros e Conselhos de Ministros especializados em razão de matéria (cfr. arts. 186.°/2 e 187.°/2). Em geral, o número, a designação e as atribuições dos ministérios e secretarias de Estado, bem como as formas de coordenação entre eles são determinadas pelos decretos de nomeação dos respectivos titulares ou por decreto-lei (cfr. art. 186.°/3).

2. O Primeiro Ministro

O Primeiro-Ministro é, na estrutura constitucional portuguesa, um *primus inter pares* e, em certa medida, um *primas super pares.* A sua posição dirigente e preeminente resulta de vários factores. Entre eles salientam-se:

— só o Primeiro-Ministro é responsável perante o Presidente da República (art. 194.71);
— os Vice-Primeiro-Ministros e os restantes ministros são nomeados pelo PR sob proposta do PM e perante este responsáveis (arts. 190.72 e 194.72);
— ao Primeiro-Ministro compete dirigir a política geral do Governo e o seu funcionamento (art. 204.71/a e *b);*
— ao Primeiro-Ministro compete submeter a apreciação do programa do Governo à AR (art. 195.°);
— a sua demissão implica a demissão de todo o Governo (art. 198.7&).

3. Princípios estruturantes

Não obstante a posição hierarquicamente superior do Primeiro-Ministro, é incorrecto classificar a estrutura do governo de acordo

com as formas classicamente adoptadas («regime de chanceler», «presidencialismo de Primeiro-Ministro»). Para uma visão correcta da estrutura do Governo na Constituição Portuguesa é necessário combinar vários princípios [15].

a) *O princípio de gabinete ou da colegialidade*

De acordo com este princípio (cfr. atrás o princípio da colegialidade) ao Governo (e não ao Primeiro-Ministro ou ministros) competem as funções políticas mais importantes. É ao Conselho de Ministros (cfr. art. 203.°) que compete definir as linhas gerais da política governamental e da sua execução, a aprovação de propostas de lei e de resolução, a aprovação de decretos-leis de execução do programa de governo e a aprovação de actos originadores do aumento ou diminuição de receitas das despesas públicas.

b) O *princípio da preeminência do PM*

Este princípio aponta para a preeminência do Primeiro-Ministro na direcção da política geral do Governo, na coordenação e orientação do ministério e no estabelecimento de relações de carácter geral com outros órgãos de soberania (cfr. art. 203.°). A competência para a definição de *linhas de direcção política* confere ao Primeiro-Ministro, e só a ele, uma posição dirigente, quer na determinação do *indirizzo* político geral, quer na concretização da política do Governo em assuntos específicos (política de energia, política da comunicação social, política externa). De relevo político é ainda o papel do Primeiro-Ministro na formação do Governo (escolha do gabinete) e na direcção do Conselho de Ministros (cfr. arts. 19O.°/2 e 2O4.°/l).

c) *O princípio de repartição de competências*

Embora os ministros não possuam autonomia na definição da política do respectivo ministério (art. 2O4.°/2/a: a execução da política definida para os ministérios), eles executam essa política autonomamente (com observância das linhas de direcção política), daí resultando que, na prática, cada ministro possui um domínio material incluído no âmbito da actividade geral do Governo. Dirigem a orga-

[15] Sobre a inserção jurídico-constitucional do PM no ordenamento português, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *A Posição Constitucional do Primeiro-Ministro,* Lisboa, 1984.

nização administrativa do seu departamento, são politicamente responsáveis pelo seu ministério perante o Primeiro-Ministro, e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, perante a Assembleia da República (cfr. art. 194.72).
Dos três princípios de conformação — o princípio colegial ou de gabinete, o princípio da preeminência do PM e o princípio de repartição de competências — parece ser dominante o primeiro (cfr. art. 192.°), embora a estrutura do Governo (no seu aspecto organizatório e de suporte partidário) possa fazer ressaltar ou esbater os outros dois princípios (governos simples ou de coligação, existência ou não de «superministérios»). O sistema tem flexibilidade suficiente para oscilar entre um governo caracterizadamente colegial e um governo moderadamente de chanceler.
Os princípios da colegialidade, de preeminência do PM e de repartição de competências dizem respeito à estrutura interna do Governo. Interessa agora referir dois princípios relativos a dois outros órgãos de soberania: um, referente ao Presidente da República e ao Parlamento, que é o *princípio da responsabilidade,* e outro, respeitante apenas ao Presidente da República, que é o *princípio da referenda ministerial.* Ambos são princípios fundamentais para a conexão da actividade do Governo com os outros dois mais importantes órgãos de soberania.

II — A responsabilidade política do Governo

1. Responsabilidade política perante a AR

De acordo com a componente parlamentar do *regime misto* institucionalizado pela Constituição de 1976 (e a LC n.° 1/82 acentuou), o Governo é «responsável» perante a Assembleia da República (cfr. art. 193.°). Trata-se de uma *responsabilidade política* (cfr. art. 194.71).

Uma situação de responsabilidade verifica-se quando um órgão ou o seu titular responde perante determinadas entidades pelos efeitos derivados do exercício de uma certa actividade. Se os efeitos do agente público se repercutem na *relação de confiança* política que existe ou deve existir entre o titular do órgão em causa e o órgão que o propôs ou aceitou fala-se em *responsa-bilidade política;* quando a situação de responsabilidade deriva da lesão de um direito ou interesse legítimo por violação de determinada obrigação para com outro sujeito ou por comportamento ilícito, fala-se em *responsabilidade civil;* quando a situação se refere ao não-cumprimento, por certos agentes, dos

preceitos relativos a bens patrimoniais ou a fundos dos entes em nome dos quais agem, diz-se que há *responsabilidade financeira;* se a situação deriva da violação de normas directivas de carácter administrativo por agentes subordinados existe *responsabilidade administrativa* (cumulável ou não com responsabilidade civil ou penal); quando a situação deriva de comportamento delituoso estamos perante *responsabilidade penal.*

Além de se tratar de uma responsabilidade política, trata-se também de uma *responsabilidade parlamentar do Governo* (gabinete). Isto implica a *responsabilidade solidária* de todo o Governo perante a AR e não de uma responsabilidade individual dos ministros perante a mesma. O próprio Primeiro-Ministro, não sendo escolhido pela AR nem investido perante ela, só está sujeito à responsabilidade política parlamentar no «âmbito da responsabilidade política do Governo» (cfr. art. 194.°/1). O mesmo acontece com os restantes ministros (cfr. art. 194.°/2). De *responsabilidade política ministerial* do Primeiro--Ministro ou ministros perante a AR só pode falar-se para exprimir a ideia de que, diferentemente da situação dos simples secretários de Estado, eles podem e devem prestar contas ao Parlamento pelos seus actos (cfr. art. 194.°/3). Não há, porém, moções de censura individuais nem moções de confiança respeitantes apenas a um ministro do gabinete (cfr. art. 197.°).

2. Responsabilidade política perante o PR

De acordo com o art. 193.° existe uma *responsabilidade do Governo* perante o PR, e, nos termos do art. 194.°/l, existe também uma *responsabilidade do Primeiro-Ministro* perante o mesmo. Ao contrário do que acontecia na redacção primitiva dos artigos referidos, a CRP, na versão da LC n.° 1/82, não caracteriza o tipo de responsabilidade do Governo e do Primeiro-Ministro perante o Presidente da República. Mas não pode deixar de ser uma *responsabilidade política.* Em primeiro lugar, a *escolha* do Primeiro-Ministro pertence ao Presidente da República (art. 190.°/l). Trata-se de uma competência própria (art. 136.°//), exercida com liberdade política, cujos limites mais relevantes consistem no facto de a escolha ter de incidir sobre uma pessoa que possa beneficiar da confiança da maioria parlamentar ou, pelo menos, não ter contra ela esta maioria (cfr. art. 19O.°/l)•

Há, porém, que estabelecer a *concordância prática* entre o art. 193.°, consagrador da responsabilidade política do Governo perante **o** PR, e o art. 198.°, nos termos do qual, depois da LC n.° 1/82, o PR

não pode demitir o Governo a não ser para «assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas» (art. 198.°/2). A isto acresce que, enquanto o início de nova legislatura implica, em termos jurídico-constitucionais, a demissão do Governo (art. 198.°/l/a), já o mesmo não se verifica quando houver eleição de novo Presidente, embora isso devesse ter sido consagrado como dever jurídico--constitucional e possa ser invocado como refracção do *princípio da lealdade constitucional* entre órgãos de soberania *{Verfassungstreue-prinzip).* Uma das mais exuberantes manifestações da responsabilidade política fica, assim, sensivelmente diminuída: o PR só pode demitir o Governo em situações de crise, e, no caso de o demitir sem observância da vinculação teleológica heterónoma das normas constitucionais («assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas»), o acto de demissão está viciado por desvio do poder. Se a demissão por cortesia (demissão após eleição presidencial) ou a demissão imposta (início de nova legislatura, rejeição do programa de Governo, não aprovação de uma moção de confiança, aprovação de uma moção de censura) não colocam, rigorosamente, problemas de confiança entre o PM e o PR, já a *demissão voluntária* do PM por desacordo com o PR parece traduzir o exemplo da quebra da relação fiduciária entre o PM e o PR com a consequente efectivação de uma responsabilidade política (art. 194.°). Manifestações desta responsabilidade política do PM perante o PR são ainda a faculdade de este último «pedir contas» ao PM sobre a política geral do Governo e de o poder convocar para analisarem problemas politicamente relevantes no contexto interno e internacional (cfr. art. 204.°/ 1-c).

Durante os debates sobre a revisão constitucional falou-se na substituição de uma responsabilidade política do Governo e do PM perante o PR por uma *responsabilidade institucional.* Não há política e juridicamente a noção de *responsabilidade institucional* concebida como figura diferente da responsabilidade política. O recurso a tal conceito só pode contribuir para uma maior «enigmaticidade» do regime, sem qualquer vantagem para a aplicação da lei constitucional e para a prática política.

Com o recurso à noção de responsabilidade institucional pretende-se significar o reforço da *autonomia governamental* no esquema misto parlamentar presidencial, com o corolário lógico de que o Governo (sobretudo na distribuição de poderes operada pela LC n.° 1/82, de 30 de Setembro) executa uma política própria e não uma política do Presidente da República. Com isto suprime-se praticamente a ideia de *solidariedade institucional* (confundida com responsabilidade política) que, segundo alguns, caracterizaria as relações político-consti-tucionais do PR e PM na configuração originária da Constituição.

De resto, quando a doutrina constitucional alude a *responsabilidade institucional* fá-lo, precisamente, no sentido de *responsabilidade política*

institucional. Assim, por ex., Rescigno, *La responsabilità política,* Milano, 1967, p. 121, distingue entre *responsabilità política diffusa* e *responsabilità istituzionale,* para exprimir a ideia de que no primeiro tipo a responsabilidade significa apenas a sujeição, intencionalmente aceite, dos sujeitos que lutam pelo poder político, aos factores que condicionam, favorável ou desfavoravelmente, o equilíbrio político e os fins da luta política, ao passo que na hipótese de *responsabilidade institucional* se trata de assinalar, de forma objectiva, os mecanismos por força dos quais um sujeito ou agente político pode impor a outro, de forma permanente, consequências politicamente negativas (ex.: demissão, exoneração do cargo).
Em obra mais recente, o autor em referência (cfr. Rescigno, «La Responsabilità Política dei Presidente delia Republica, La prassi recente», in *Studi parlamentari e di política costituzionale,* Milano, 1980, pp. 49 ss), distingue três tipos de responsabilidade — *responsabilità istituzionale in senso stretto* (ou *istituzionale-formale), responsabilità istituzionale in senso lato* e *responsabilità difusa.* Esta última desenvolve-se ao «nível molecular» das massas e do corpo eleitoral através dos resultados em eleições e das sondagens de opinião. A *responsabilidade institucional em sentido restrito* é caracterizada pela presença, no sujeito activo, de poderes jurídicos no confronto do sujeito passivo, ao passo que a *responsabilidade institucional em sentido lato* traduz, fundamentalmente, a possibilidade de crítica do órgão activo em relação ao sujeito passivo. Entre nós, cfr., por último, I. Morais/J. M. Ferreira de Almeida/R. Leite Pinto, O *Sistema de Governo Semipresidencial,* Lisboa, 1984, p. 42, e Canotilho, G./Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* Coimbra, 1993, anotação ao art. 193.°, onde a responsabilidade política do PM perante o PR é configurada em termos de responsabilidade política tendencialmente difusa.
A *responsabilidade institucional é sempre, como se vê, uma responsabilidade política.* Saber em que medida a responsabilidade institucional em sentido restrito do Governo perante o PR se degradou em responsabilidade institucional em sentido lato é já um problema diferente. De qualquer modo, parece inequívoco que o PR continua a dispor de instrumentos institucionais, constitucionalmente consagrados (demissão de Governo, veto a diplomas legislativos, direito de obter prestação de contas do PM sobre a actividade do Governo), para se poder dizer que o regime se caracteriza ainda pela existência de uma responsabilidade política institucional do Governo em relação ao PR.

Relativamente ao princípio da *referenda ministerial* pouco mais há a acrescentar ao já assinalado a propósito dos poderes do Presidente da República (cfr. 1.2.2). Realçar-se-á apenas que a «tridimensionalidade» da referenda demonstra dever hoje este instituto ser entendido como implicando a necessidade de colaboração do Presidente da República e do Governo e, indirectamente, a exigência da função mediadora de um Governo sujeito a uma dupla responsabilidade política.

A referenda, nos termos constitucionais, pertence ao Governo em funções ao tempo da promulgação (arts. 143.° e 200.°/l/«)- Em

regra, a referenda é feita pelo Primeiro-Ministro e, para os actos que pressuponham ministro ou ministros proponentes, a lógica exigirá também a assinatura destes. Como a referenda é uma assinatura, pode confundir-se a assinatura ministerial (elemento constitutivo de um acto deliberativo) e a assinatura ministerial como *referenda* do acto de promulgação do Presidente da República. E, rigorosamente, depois da promulgação pelo Presidente da República, o acto normativo deve voltar ao Governo, mas argumentando-se que a vontade positiva desde já se manifestou com a primeira assinatura, tem-se entendido (mal!) ser aceitável a *convolação* desta em referenda (cfr. agora o art. 10.°doDLn.°3/83)[16].

III — As funções do Governo [n]

O Governo, como órgão constitucional autónomo de soberania, exerce um complexo de funções desdobrado em funções políticas, legislativas e funções administrativas. Uma pontualização destas funções poderá ser. feita da forma seguinte.

1. Função política ou de governo

a) *Delimitação negativa*

Não há uma caracterização constitucional-material da função política ou de governo. É possível, porém, fazer-se uma delimitação «negativa»: (1) nem todas as actividades exercidas pelo órgão de soberania Governo são actividades políticas ou de governo; (2) o Governo não tem o monopólio das funções políticas ou de governo, pois a CRP atribui funções de direcção política a outros órgãos de soberania; (3) algumas actividades são expressamente consideradas como actividades políticas e reservadas ao Governo em sentido orgânico-ins-titucional; (4) o governo não é constitucionalmente concebido como um poder autónomo mas como um domínio ou âmbito funcional que, em parte, pertence ao Governo em sentido orgânico-institucional e, noutra parte, aos outros órgãos de soberania, como o PR e a AR.

[16] Cfr. JORGE MIRANDA, *Decreto,* cit., p. 37; *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 444.

[17] Cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 25.

b) *Sentido material*

A CRP (art. 200.°) fala expressamente em «competência política» do Governo e em «exercício de funções políticas». Todavia, as actividades aí incluídas no âmbito de funções políticas pouco dizem sobre a «função política» ou de «governo». Esta é *uma conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza económica, social, financeira e cultural, dirigidas à individualização e graduação dos fins constitucional-mente estabelecidos.* Em geral, esta função caracteriza-se por uma grande margem de liberdade de conformação, salvo os limites ou as imposições estabelecidas pela CRP. Nesta medida o «governar» ou o «fazer política» implica direcção, iniciativa, coordenação, combinação, planificação e liberdade de conformação.

c) *Forma*

A caracterização material indica já que *a forma* do exercício das funções políticas ou de governo é muito variada. Ao atribuirem--se estas funções a vários órgãos constitucionais, legitimam-se também várias *formas de revelação:* a função política é susceptível de traduzir-se em actos legislativos ou regulamentares, em linhas de direcção política ou em instruções, em planos globais ou sectoriais, em actos de comando militar, em informações, propostas, actos de eleição.

Todas estas formas de exercício de funções políticas são jurí-dico-constitucionalmente vinculadas. Consequentemente, não há *actos de governo* concebidos como actos fora do direito ou da Constituição: a política e a Constituição não são categorias antinómicas, exigindo mesmo a ideia de Estado Constitucional a vinculação jurídica de todos os actos de governo. A *medida de vinculação jurídica é,* porém, susceptível de gradações: (a) vinculação do exercício de uma função à competência de determinado órgão *(competência constitu-cionalmente vinculada);* (b) vinculação jurídico-material através de simples limites, deixando aos órgãos competentes larga *liberdade de conformação política;* (c) vinculação jurídico-material, positiva e determinante, estando os órgãos com competência para o exercício de funções políticas obrigados a «executar» os programas ou imposições constitucionais (exercício de funções políticas com *simples discricio-nariedade).*

2. Função legislativa

O Governo dispõe, entre nós, de uma ampla competência legislativa (cfr. art. 201.°). Ao estudar-se adiante a estrutura normativa haverá oportunidade para desenvolver os vários aspectos da competência do Governo no exercício de funções legislativas.

3. Funções administrativas

No art. 202.° alude-se à competência do Governo no «exercício de funções administrativas».

Não é fácil distinguir «funções de governo» e «funções administrativas». Muito vulgares são dois critérios de distinção: (1) funções de governo como as exercidas pelos órgãos superiores do executivo e funções administrativas pelos órgãos inferiores; (2) funções de governo como funções políticas livres e iniciais,e funções administrativas como funções derivadas, executivas e heteronomamente determinadas. Estes critérios são susceptíveis de críticas. Um acto administrativo pode transformar-se funcionalmente em acto de governo, assim como um acto de governo pode ser funcionalmente valorado como tendo simples significado administrativo.

Problema complexo (aqui não desenvolvido, pois isso será estudado com o desenvolvimento necessário na cadeira de Direito Administrativo) é o do *conceito constitucional de administração pública.* Uma divisão material das funções do Estado e demais poderes públicos tendente a uma definição material de administração encontra numerosos obstáculos, levando os autores a contentar-se com um simples *conceito negativo de administração.* Não deve abdicar-se de uma tentativa de *definição positiva.* Só uma caracterização positiva permitirá, no plano constitucional, uma articulação minimamente satisfatória de um *conceito organizatório de administração pública* com um *conceito tendencialmente material.* Neste sentido, uma caracterização aproximada de administração pública será a seguinte (1) prossecução permanente e autónoma de tarefas da comunidade; (2) efectuada por órgãos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e das corporações e institutos públicos; (3) através de medidas concretas; (4) juridicamente vinculadas a fins (de interesse público), constitucional e legalmente pré-determinados.

A noção acabada de propor serve para tornar operativo um *conceito constitucional organizatório de administração pública.* Ele

aplica-se a várias realidades institucionais, constitucionalmente nor-mativizadas, podendo dizer-se que não há *uma* administração pública, *mas várias* administrações públicas:
— Administração do Estado, nos seus vários escalões, e que compreende, designadamente, a *administração directa* do Governo, civil e militar (cfr. arts. *2O2.°/d* e 266.°);
— Administração regional autónoma (cfr. art. *229.°/h, l, n);*
— Administração autónoma local (cfr. arts. 237.° ss);
— Administração judicial autónoma (cfr. arts. 219.° e 221.°);
— Administração indirecta do Estado (corporações e institutos públicos, a que se refere o art. *2O2.°/d).*
De igual modo, o conceito anterior aponta para algumas características materiais da administração pública:
— a função administrativa consiste na *concretização* e *realização* dos interesses públicos da comunidade, quer dando *execução* a decisões ou deliberações, constantes de actos legislativos, actos de governo e actos de planificação, quer *intervindo,* conformadora ou ordenadoramente, na prossecução de fins (de interesse público) individualizados na Constituição e nas leis;
— as *formas* de actuação reconduzem-se a *medidas concretas* adequadas e necessárias à prossecução dos fins de interesse público e que vão desde os actos administrativos individuais aos contratos, passando pelos actos planificadores e directivos;
— tal como as formas de actuação são variadas, também as *tarefas* administrativas se distribuem por vários domínios, desde o clássico domínio da administração de *polícia* (garantia da ordem e segurança, nos termos do art. 272.°) à actividade planificadora e directiva da economia (cfr. art. 202.7a), passando pela actividade financeira e fiscal e pela actividade social e prestacional (art. *2O2.°/b* e *g);*
— todas as administrações (directa do Estado, autónoma e indirecta) estão sujeitas ao *controlo contencioso,* independentemente da *forma* do acto, seja ou não a entidade que cometeu a ilegalidade uma *pessoa* colectiva pública, e qualquer que seja a *tarefa* prosseguida pelos órgãos ou agentes das várias administrações (cfr. art. 268.74).
A definição positiva e o alargamento do conceito de administração pública pretendem responder, por um lado, ao esforço de alguns autores no sentido de um «enriquecimento» material ou intrínseco da actividade adminis-

trativa (H. J. WOLFF, J. v. MUNCH, O. BACHOF, G. PÜTTNER) e, por outro, à necessidade de desenvolver um conceito organizatório adequado aos imperativos da desconcentração e autonomia constantes da Constituição de 1976. Cfr., entre nós, a caracterização da função administrativa em AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo* (policopiadas), pp. 13 ss; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo,* pp. 28 ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo,* I, 1986, p. 41, 219. Uma clara acentuação material da «competência administrativa do Governo» colhe-se no Parecer da Comissão Constitucional n.° 16/79, in *Pareceres,* Vol. 8, pp. 205 ss. Por último, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual,* cit., p. 49 ss.; NUNO PIÇARRA, "Reserva de Administração", in *O Direito,* 122 (1990), p. 1 ss.

D I *O CONSELHO DE ESTADO*

Como órgão consultivo do PR instituiu-se (LC n.° 1/82) o *Conselho de Estado* (cfr. arts. 144.° ss).
Este órgão é herdeiro dos clássicos «conselhos de Estado» e, num plano menos remoto, do Conselho de Estado da Constituição de 1933 (cfr. arts. 83.° e 84.°) e do Conselho da Revolução previsto no texto constitucional primitivo de 1976 (quanto a este último apenas no que respeita às funções consultivas) [18].
O Conselho de Estado é um *órgão constitucional auxiliar,* pois ele é configurado constitucional-mente como «órgão político de consulta do Presidente da República» (art. 144.°). A sua composição é, pelo menos, de 16 membros, excluído o PR, que todavia a ele preside: *a)* uns por inerência de funções (Presidente da AR, PM, Presidente do Tribunal Constitucional, Provedor de Justiça, presidentes dos governos regionais) ou a título honorífico por funções já desempenhadas (antigos Presidentes da República); b) outros são cidadãos designados pelo Presidente da República ou eleitos pela Assembleia da República (cfr. art. 145.*°lg* e *h)* [19]. O Conselho de Estado limita-se a dar pareceres (cfr. art. 145.°) sobre alguns actos praticados pelo PR no uso de poderes próprios (dissolução da AR e dos órgãos das regiões autónomas, demissão do Governo, nomeação e exoneração dos Ministros da República para as Regiões Autónomas).

[18] Sobre a história dos Conselhos de Estado cfr. JORGE MIRANDA, *Conselho de Estado,* Coimbra, 1970; MARCELLO CAETANO, *Manual,* Vol. II, pp. 580 ss.

[19] Cfr. L n.° 31/84, in *DR,* I, de 6-9-84 (Estatuto dos membros do Conselho de Estado).

E I *TRIBUNAIS*

I — Posição jurídico-constitucional

Os Tribunais são órgãos de soberania que administram a justiça «em nome do povo» (cfr. art. 205.°).

1. No sentido da CRP devem considerar-se como tribunais os *órgãos constitucionais* aos quais é especialmente confiada *a função jurisdicional* exercida por *juizes.* Organizatória e funcionalmente o «poder judicial» é, portanto, «separado» dos outros poderes: só pode ser exercido por «juizes» através dos tribunais constitucionalmente previstos. A isto se chama *reserva de juizes (Richtervorbehalt).* Quais os tribunais que existem ou podem existir deduz-se do art. 211.° da CRP. O estatuto dos «juizes» responsáveis pela administração da justiça está fundamentalmente consagrado no art. 217.° ss da CRP.
2. Os tribunais têm, sob o ponto de vista estrutural-constitucio-nal, uma *posição jurídica* idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania. Da mesma forma, desempenham funções cuja vincula-tividade está jurídico-constitucionalmente assegurada.

A posição jurídica dos tribunais apresenta, porém, especifici-dades próprias em relação aos outros órgãos de soberania. Em primeiro lugar, os tribunais estão «sujeitos à lei», donde deriva não propriamente uma relação de hierarquia órgãos legislativos-órgãos judiciais mas a especificidade da própria função judicial: garantia, concretização e desenvolvimento do direito, revelado, em via inicial, pelos actos legislativos da Assembleia da República e do Governo.

Em segundo lugar, a posição constitucional do juiz não é pautada pelo *carácter de representatividade,* exigida, em geral, para os restantes órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça «em nome do povo» (e, nesta medida, realizarem os interesses de todo o povo) os juizes não desenvolvem, como os órgãos político-represen-tativos, actividades de direcção política. Exige-se, porém, que os tribunais, ao terem *acesso directo à Constituição* (cfr. art. 207.°), contribuam para a actuação e concretização das normas constitucionais.

3. A função jurisdicional deve constituir «monopólio» dos juizes, pelo que *jurisdição* e *magistratura* são conceitos relacionados e reciprocamente condicionados. A função jurisdicional exige determinadas características aos magistrados: independência, inamovibilidade

e irresponsabilidade (cfr. art. 218.°). Do mesmo modo, a decisão jurisdicional caracteriza-se pela *imparcialidade e estrita juridicidade* dos juízos.

4 O exercício da função jurisdicional — assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (cfr. art. 206.°) — não é apenas um problema de estatuto de juizes, onde se assegure a independência material e pessoal destes. O exercício da função jurisdicional exige ainda a *proibição de tribunais de excepção* (cfr. art. 211.°/4) e a *garantia do juiz legal* (cfr. arts. 32.°/7, 218.71 e 219.°). Isto não exclui a possibilidade de existência de *tribunais especializados* para certos domínios materiais (cfr. art. 213.72).

5. A independência dos juizes, constitucionalmente assegurada, pressupõe: (1) uma *independência externa, isto* é, independência em relação a órgãos ou entidades estranhas ao «poder judicial»; (2) uma *independência interna,* ou seja independência perante os órgãos ou entidades pertencentes à organização judicial.

6. As garantias constitucionais reconhecidas aos magistrados impõem, contudo, que a independência no exercício da função jurisdicional não transforme os juizes num poder silencioso, opaco e incontrolável. Exige-se, por isso: (1) existência de várias instâncias judiciais e de recursos legalmente definidos (cfr. art. 211.°); (2) a possibilidade da intervenção de juizes sociais no julgamento de questões de trabalho, de infracções contra a saúde pública e de pequenos delitos (CRP, art. 210.72); (3) *fundamentação das decisões dos tribunais* (cfr. 208.71). A exigência da «motivação de sentenças» exclui o carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional, possibilita o conhecimento da racionalidade e coerência da argumentação do juiz e permite às partes interessadas invocar perante as instâncias competentes os eventuais vícios e desvios das decisões dos juizes.

7. Outro importante princípio em matéria de exercício da função jurisdicional é o chamado *princípio da «revisão»* ou «reapreciação», total ou parcial, dos actos jurisdicionais por parte de outros juizes. Este princípio impõe, em alguns casos, uma verdadeira «revisão das sentenças» (cfr. art. 29.76, em matéria criminal), e, de uma forma

geral, a *possibilidade de recurso* para tribunais superiores (cfr. art. 215.°). Precisamente por isto, defendem alguns autores a dignidade constitucional do *princípio do duplo grau da jurisdição,* segundo o qual uma causa deve ser reapreciada (em qualquer dos seus aspectos) por um «juiz de segunda instância», quando seja interposto recurso da decisão do juiz de primeira instância. O princípio, em toda a sua latitude, não está expressamente constitucionalizado, embora se aponte para uma tendencial generalidade de controlo dos actos juris-dicionais, quer assegurando às partes os *meios de impugnação* adequados, quer impondo ao Ministério Público o dever de recorrer *ex ojficio* de certos actos judiciais [20].

8. Os princípios constitucionais referidos devem conexionar-se com a obrigatoriedade de a lei determinar a solução de *conflitos,* quer de jurisdição quer de atribuição (cfr. art. 211.73). Esta obrigatoriedade é uma consequência lógica do direito de acesso aos tribunais (cfr. art. 20.°).

II — Estrutura orgânica

O sistema constitucional de distribuição da função jurisdicio-nal[20a] pode sintetizar-se do seguinte modo.

1. Numa posição especial, revelada desde logo na sua autonomização num Título VI (inovação da LC 1/89), situa-se o *Tribunal Constitucional,* ao qual compete, como função principal, «administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional» (CRP, art. 223.°).
2. Há, em seguida, uma «jurisdição ordinária» (complexo de órgãos jurisdicionais enquadrados na organização da Magistratura), com uma *hierarquia* de tribunais: o *Supremo Tribunal de Justiça* (cfr. art. 212.71-è e 214.°), *os tribunais judiciais da 2." instância* e os *tribunais judiciais da l." instância* (cfr. arts. 211.71-a e 212.°).
3. Com dignidade constitucional formal, depois das alterações operadas pela LC 1/89, devem referir-se os *tribunais administrativos*

[20] O Tribunal Constitucional tem considerado não existir, com dignidade constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição. Cfr. porém, as considerações feitas *supra,* Cap. 10.

20a *çfy^* para uma análise comparada, A. Pizzorusso, «Recenti modelli europei di Ordinamento Giudiziario», in *Anuário de Derecho Publico e Estúdios Políticos,* Granada 1/1988, p. 160 ss.

e *fiscais bem* como a institucionalização do *Supremo Tribunal Administrativo* como órgão superior da hierarquia dos referidos tribunais (CRP arts. 211.71/& e 214.°). A estes tribunais pertence o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais (art. 214.73, aditado pela LC 1/89).

4. Com dignidade constitucional formal, existem «jurisdições especiais»: (1) *tribunais militares* (arts. 212.71-d e 218.°); (2) o *Tribunal de Contas* (art. 216.°), ao qual compete dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, fiscalizar a legalidade das despesas públicas e julgar as contas que a lei mandar submeter-lhe (cfr. arts. 211.71/c e 216.71).

5. Finalmente, prevê-se a possibilidade de «especialização» dentro da jurisdição ordinária, quer atribuindo aos tribunais uma *competência específica,* quer «especializando-os» em razão da matéria (cfr. art. 213.°).

III — O Tribunal Constitucional

Dada a sua importantíssima posição no esquema organizatório-constitucional, impõem-se considerações mais detalhadas sobre este órgão constitucional do Estado, criado pela LC n.° 1/82 [21].

1. Posição jurídico-constitucional

A CRP não especifica concretamente a posição jurídico-constitucional do Tribunal Constitucional (TC). É indiscutível tratar-se de um «tribunal» [22] (cfr. art. 211.71 e 223.°), com as características de

[21] Sobre a origem histórica do Tribunal Constitucional cfr. CARDOSO DA COSTA «O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica», in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal,* cit., p. 913 ss.; idem, «A Jurisdição Constitucional em Portugal», in *Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Queira,* Coimbra, 1986. Vide também PIERRE LE BON, introdução à obra colectiva *La Justice Constitutionnelle au Portugal,* 1989, p. 41 ss.

[22] Contra, cfr. VITALINO CANAS, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional,* Lisboa, 1984, p. 107, que considera, sem qualquer base constitucional, poder o Tribunal Constitucional vir «a agir frequentemente como um órgão legislativo». Cfr. o desenvolvimento da posição insinuada no texto no nosso

um *órgão constitucional,* institucional e funcionalmente autónoma! (cfr. art. 223.°).
O TC é «constituído» pela Lei Fundamental, quer quanto à suàl competência (art. 225.°), quer quanto à sua composição (art. 224.°) Discutível é, porém, se ao TC se pode ou deve atribuir-se uma posii-ção de órgão constitucional semelhante à dos outros órgãos de soberania (PR, AR, Governo).
Apesar de a sua existência, *status* e competências serem definidos pela constituição de uma forma independente em relação aos outros tribunais, o Tribunal Constitucional só é, apesar disso, um órgão de soberania enquanto integrado nos «tribunais» considerados no seu conjunto (cfr. art. 113.71), a não ser que se considere cada um dos tribunais como órgão de soberania (neste sentido aponta o enunciado linguístico do art. 205.°).
Não obstante a ausência de um *poder organizatório interno* constitucionalmente reconhecido (que lhe pode, contudo, vir a ser atribuído por lei ordinária), o Tribunal Constitucional não pertence ao âmbito de competência de qualquer ministério, nem está sujeito a quaisquer directivas, ordens ou instruções dos outros órgãos de soberania.

2. Tribunal

O TC é expressamente considerado pela Constituição como um tribunal (art. 211.°/1). A sua natureza de *órgão jurisdicional do Estado* não merece o acordo unânime da doutrina. Salienta-se, por um lado, a sua competência extrajurisdicional (art. 225.72/a, *b* e *d),* o «acento político» da sua *«jurisdictio»* e a *escolha política* dos seus membros (art. 224.°). Alguns autores vão mais longe, negando carácter jurisdicional às funções de controlo da constitucionalidade e da legalidade exercidas por um tribunal desta natureza. As suas decisões seriam, fundamentalmente, «decisões políticas em forma de justiça», podendo, quando muito, classificar-se a jurisdição constitucional como *uma função autónoma,* com carácter tendencialmente j urídico-constitucional.
Contra esta concepção, que acentua o carácter político e a função *sui generis* dos tribunais constitucionais, sustenta outra corrente

trabalho: «No sexénio do Tribunal Constitucional. Para uma teoria pluralista da jurisdição constitucional», *Revista do Ministério Público, 9,* 1988, n.° 33/34, p. 9 ss.

doutrinal ser o Tribunal Constitucional um *órgão jurisdicional,* porque, tal como nos outros tribunais, as decisões obtêm-se de acordo com um «processo» judicial através do qual se «diz» vinculativamente o «que é o direito» segundo a «medida» jurídico-material do direito constitucional. Além disso, o facto de o direito constitucional se um «direito político» não perturba a natureza jurídica da actividade do TC; decisivo é, sim, que o fundamento e racionalidade das decisões do TC se determinem por «um direito» — o direito constitucional. A jurisdição constitucional reconduzir-se-ia, pois, a uma «jurisdição autónoma» sobre «questões constitucionais» (FRIESENHAHN), ou, dito de outro modo, a uma jurisdição directamente incidente sobre questões constitucionais (EICHENBERG).

Os problemas constitucionais, num Estado de direito democrático, são irredutíveis a «questões jurídicas» puras ou a «questões políticas juridicamente disfarçadas». A dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incindíveis das questões constitucionais (RIDDER), sendo tão unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional como «funções políticas em forma jurisdicional», como qualificá-las de «funções jurisdicionais sobre matérias políticas» [24]. O que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua «jurisdicio-nalidade» *(Gerichtsformigkeit)* e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controlo (SCHLAICH).

3. Competência e funções 3.1 A *diversidade de funções*

A questão da natureza jurídica do Tribunal Constitucional conexiona se também com a competência e funções atribuídas a este

[24] O problema da natureza da jurisdição constitucional tem originado intermináveis discussões. Cfr. Dolzer, *Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts,* 1972; SATTLER, *Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts ais Verfassungsorgan und Gericht,* Dis., Gõttingen, 1955; Maunz-Dirig-Herzog-Scholz, *Kommentar,* nota 2 ao art. 94; W. Bulling, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht,* 1979, pp. 38 ss; Sandulli, «Sulla pozizione delia corte cost. nel sistema degli organi supremi dello stato», in *Studi Zanobini,* Milano, 1965; Biscaretti di Ruffia, «La corte cost. nel quadro dei sistema di governo parlamentare delia Reppublica italiana», in // *Político,* 1961; Cappelletti, «La giustizia costituzionale in Itália», in *Giurisprudenza costitu-*

órgão. Nem toda a actividade desenvolvida por um tribunal constitucional se pode conceber como actividade jurisdicional, havendo que distinguir, segundo alguns autores, entre *decisões materialmente jurisdicionais* e *decisões formalmente jurisdicionais.* Com efeito, as *funções de controlo* de normas, abstracto ou concreto, preventivo ou sucessivo (cfr. arts. 278.° ss), seriam substancialmente diferentes das funções de *controlo eleitoral* ou de *controlo referendário* (art. *225° 121 c* e/) e *das funções certificatórias* (art. *225° 121 a, b* e *d).* As funções certificatórias não são seguramente jurisdicionais e as funções de controlo eleitoral também oferecem dúvidas quanto à sua jurisdicionalidade, embora neste último caso se trate já de verificar a constitucionalidade de certos actos segundo os parâmetros jurídico materiais da Constituição.

O controlo da constitucionalidade das normas não teria também todo a mesma natureza: o controlo abstracto é, essencialmente, uma *tarefa de legislação negativa* (cfr., porém, *infra); o controlo concreto* esse seria, na verdade, uma função jurisdicional, justificando-se que só neste caso se pudesse falar de decisões materialmente jurisdicionais.

Uma *concepção unitária* do controlo de normas poderá assentar na ideia de que qualquer controlo — abstracto ou concreto — significa *decidir vinculativamente* «questões político-jurídicas» incidentes sobre a conformidade de actos normativos com a Constituição e aferir essa conformidade, em cada caso submetido à fiscalização do Tribunal Constitucional, pelos *parâmetros normativo-constitucionais* (ou seja, segundo a *medida* do direito constitucional).

3.2. *«Guardião da Constituição»*

À jurisdição constitucional atribui-se também um papel *político--jurídico,* conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de *conformação política* em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política.

As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última

zionale. 1960. O tratamento mais actual do tema ver-se-á em K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht,* Miinchen, 1985; Cfr. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzge-ber und Bundesverfassungsgericht,* Berlin, 1985. Em língua portuguesa cfr. O. Bachof, «Estado de Direito e Poder Político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política», in *BFDC,* Vol. LVI (1980).

instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência *determinante* junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política[25].
O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do *princípio da autolimitação judicial ou judicial self restraint),* não se pode furtar à tarefa de «guardião da Constituição», *apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania.* Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão norma-tivo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição [26]. Com a garantia da observância das normas constitucionais conexionam-se relevantíssimas questões político-constitucionais como: (1) detesa das minorias perante a omnipotência da maioria parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a omnipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juizes constitucionais. Perante este cruzamento de questões político-constitucionais, o Tribunal Constitucional poderá desempenhar o papel de *«regulador»* e *determinador* da própria identidade cultural da República (EBSEN) e de controlador do «legislador mastodonte e da administração levia-than» (CAPPELLETTI).

3.3. *Composição*

A composição de um tribunal constitucional, dadas as funções jurí-dico-políticas a ele atribuídas, é sempre um problema central da organização do Estado, independentemente das dimensões acentuadas na

[25] Cfr. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal,* cit., p. 52.

[26] Cfr. GOMES CANOTILHO, «No Sexénio....», cit., p. 18; J. EBSEN, *Das Bundesverfassungsgericht ais Element gesellschaftlicher Selbstregulierung,* Berlin, 1985; M. CAPPELLETTI, «Necessite et legitimité de la Justice Constitutionnelle», in FAVOREU (org.), *Cours Constitutionnelles,* cit., p. 467.

escolha concreta dos juizes (preparação técnica, capacidade funcional do órgão, função de integração da jurisprudência constitucional, representação das várias «sensibilidades políticas», distanciação perante os poderes político-partidários, exigência de legitimação democrática).
De um modo geral, em todos os tribunais constitucionais criados no após guerra teve-se em conta a necessidade de *legitimação democrática dos juizes* através da participação dos órgãos de soberania, directa ou indirectamente legitimados, na eleição ou escolha dos seus membros [27]. A favor desta «transparência política» argumenta-se com o facto de ser preferível emanarem os juizes constitucionais de órgãos democraticamente legitimados, embora com indiscutível cunho político, do que de outros órgãos com uma mundividência política também irrecusável, mas disfarçada num aparente «apartidarismo institucional». Assente a necessidade de uma legitimação democrática, o problema desloca-se para este outro campo: o *modus* de escolha dos juizes constitucionais. Este deve corresponder ao padrão político-organizatório constitucionalmente consagrado. O equilíbrio e interdependência dos órgãos de soberania terá de encontrar expressão adequada na composição do órgão considerado como o «arco de volta» da estrutura organizatória da Constituição.
O Tribunal Constitucional previsto na CRP não corresponde certamente ao padrão escolhido como padrão básico da estrutura organizatória: na sua composição apenas intervém a AR, excluindo-se os outros órgãos de soberania (PR e tribunais). Além disso, como dos 13 juizes que compõem o Tribunal (cfr. art. 224.°/l) apenas 10 são directamente escolhidos pelo Plenário de Assembleia, sendo os outros três cooptados por estes, uma parte dos juizes acaba por assentar em simples legitimidade indirecta.
O modelo de tribunal é o do «puro tribunal de juristas» *(reines Juristengericht):* como sete dos juizes são obrigatoriamente juristas (art. CRP 224.°/2 e L 28/82, de 15/10, alterada pela Lei Orgânica 85/89, de 7/9, art. 12.°) e os outros seis são escolhidos entre os juizes dos tribunais, há uma tendencial coincidência da qualidade de juiz do tribunal com a qualidade de jurista (o carácter tendencial resulta do facto de poder haver juizes de tribunais que não são juristas).
A duração do cargo dos juizes do Tribunal Constitucional é outra questão com dimensões políticas, designadamente quando a sua

[27] Cfr. o quadro comparativo das regras de composição das jurisdições constitucionais europeias em L. Favoreu (org.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux,* Paris, 1982, p. 50.

composição provém de um só órgão com legitimidade limitada no tempo e sujeito a renovações. É o que acontece em face da CRP, nos termos da qual os juizes são designados por seis anos (art. CRP, art. 224.73, e L 28/82, alterada pela L 85/89, art. 21.°).
A eleição dos membros do Tribunal Constitucional exige maioria qualificada de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções (art. 166.7h). A AR escolhe os juizes constitucionais funcionando como Pleno, estando excluída a designação através de comissões, mesmo que expressamente constituídas para o efeito (cfr. arts. 12.° ss da LTC).

IV — O Ministério Público **1. Órgão do poder judicial**

1. Originariamente concebido como «órgão de ligação» entre o poder judicial e o poder político, o Ministério Público é, nos termos constitucionais, um *órgão do poder judicial* ao qual estão fundamentalmente cometidas as tarefas de: (1) representar o Estado; (2) exercer a acção penal; (3) defender a legalidade democrática; (4) defender os interesses que a lei determinar (CRP, art. 221.°).
2. Embora hierarquicamente subordinados, os agentes do Ministério Público são *magistrados* com garantias de autonomia e independência constitucionais (CRP, arts. 221.72 e 3) que os coloca numa posição de «sujeição à lei» equiparável à dos juizes (CRP, art. 206.°).
3. A magistratura do Ministério Público não tem, como se deduz já das considerações antecedentes, uma «natureza administrativa». Integrando-se no poder judicial, a função do magistrado do Ministério Público é, porém, diferente da do juiz *(jurisdictio):* este aplica e concretiza, através da extrinsecação de normas de decisão, o direito objectivo a um caso concreto; aquele colabora no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através do exercício da acção penal e da iniciativa de defesa da legalidade democrática.

2. **Funções**

O arquétipo de magistrado do Ministério Público prefigurado na Constituição está longe da caricatura usual de «funcionário promotor

do crime». A sua relevantíssima acção, num contexto constitucional democrático, vai desde o exercício da acção penal até à defesa e representação de pessoas carecidas de protecção (órfãos, menores), passando pela defesa de interesses difusos (ambiente, património) e pela defesa da constitucionalidade e legalidade. Às funções assinaladas deve ainda acrescentar-se a importante função consultiva, traduzida na emissão de pareceres por parte da Procuradoria Geral da República[28].

V — Conselhos Superiores

1. Cumpre mencionar três *órgãos constitucionais* de particular relevo na *administração da justiça:* (1) *Conselho Superior da Magistratura* (CRP, arts. 219.° e 220.°); (2) *Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (CRP, art. 219.°/2); (3) *Conselho Superior do Ministério Público* (art. 222.72).

2. A constituição só densifica a composição do primeiro dos referidos conselhos, deixando para a lei a composição dos outros dois. Todavia, no que respeita ao Conselho Superior do Ministério Público, a constituição limita a liberdade de conformação legislativa, estabelecendo que deve ser constituído por membros eleitos pela Assembleia da República e membros eleitos entre si por magistrados do Ministério Público. (Cfr. AC TC 254/92).

3. Os conselhos superiores de justiça apresentam-se, no figurino constitucional, como órgãos de defesa da *independência externa* dos magistrados relativamente aos outros poderes estranhos à organização judiciária. No entanto, a sua composição (pelos menos a daqueles que está plasmada na constituição) indicia que não se trata de *órgãos de autogoverno* da magistratura ou do Ministério Público. A composição mista — membros democraticamente eleitos pela AR e membros eleitos pelas magistraturas — aponta no sentido de órgãos independentes de administração da justiça, mas sem as características dos esquemas organizatórios da «automovimentação corporativa», livres de qualquer ligação à representação democrática. Neste sentido se diz que eles «legitimam» a independência da magistratura furtando-a à

[28] Cfr. Guilherme Frederico da Fonseca, «O Ministério Público e a Constituição», in *Revista do Ministério Público,* 31/1987, p. 67 ss.; Dimas de Lacerda, *O Estatuto do Magistrado e as perspectivas do futuro,* 1978, p. 137 ss.; Cunha Rodrigues, «Ministério Público», in *Dicionário Jurídico da Administração,* vol. V.

«opacidade corporativo-institucional» [29]. As funções dos conselhos superiores não podem perturbar a *independência interna* dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua actividade sem quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes da magistratura ou dos tribunais superiores (a não ser os prescritos nas leis).

[29] O problema tem sido muito discutido em alguns países, como por ex., na Itália. Cfr. M. DEVOTO «Il ruolo dei Consiglio Superiori delia Magistratura», in *L'Ordinamento Giudiziario,* p. 299; BARTOLE «Materiali per un desame delia posi-zione dei Consiglio Superiori delia Magistratura», in *Scritti in onore di C. Mortati,* IV, p. 1 ss.; DEVOTO, «Costituzione dei giudice e Consiglio Superiore delia Magistratura», *Scritti Mortati,* p. 149. Entre nós, cfr. LABORINHO LÚCIO, «O Poder Judicial na Transição», in BAPTISTA COELHO (org.) *Portugal. O Sistema Político e Constitucional,* cit., p. 752.

CAPITULO 14

PADRÃO IV — AS FONTES DE DIREITO. 1.° — O SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS
FONTES DE DIREITO

Sumário

A) REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE CONCEITUAL

I — Fontes de direito: metáfora e polissemia

1. Fontes genéticas
2. Fontes de valoração
3. Fontes de conhecimento
4. Fontes de juridicidade

II — Fontes formais e materiais

B) A REGULAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL PLURALISTA

I — O desafio da regulática II — Desconcentração e descentralização

1. Desconcentração
2. Descentralização
3. Administração autónoma

III — Internacionalização e supranacionalização

1. Internacionalização
2. Supranacionalização

IV —Direito judicial

V — Normação privada

Indicações bibliográficas

A) BIBLIOGRAFIA GERAL SOBRE FONTES DE DIREITO

CASTANHEIRA NEVES — «Fontes de Direito», in *Polis* /, p. 1613 ss. BAPTISTA MACHADO — *Introdução ao Direito,* p. 153 ss. OLIVEIRA ASCENSÃO — *Introdução ao Direito,* p. 215.

B) BIBLIOGRAFIA ESPECIFICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL
La Constitucion Espahola y las Fuentes dei Derecho, Madrid, 1979
CRISAFULLI, V. — *Lezioni di diritto costituzionaie,* II, *L'Ordinamento costituzionaie*
italiano (Lefonti normative. La Corte Costituzionaie), 4.ª ed., Padova, 1978. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional, (Sistema de Fuentes),*
Barcelona, 1987, p. 102
ss.
GIULIANI, A. (org.), Modelli di legislatore e scienza delia legislazione, Napoli, 1987. KIRCHHOF P. — «Rechtsquellen und Grundgesetz», in *Festgabe Bundesverfassungsgericht,*
II, p. 50. PIZZORUSSO, A. «Delle fonti dei diritto», in SCIALOJA / BRANCA, *Commentarío dei Códice*
Civile, Bologna-Roma, 1987. PREDIERI, A. — «El sistema de Ias fuentes dei Derecho», in PREDIERI / GARCIA DE
ENTERRIA, *La Constitucion Espahola de 1978 (Estúdio Sistemático),* 2." ed., Madrid,
1981, p. 161 ss. RUBIO LLORENTE — «II sistema delle fonti in Spagna» in *Quaderni Costituzionali,* 1986
p. 310.
SORRENTINO, *Lefonti dei diritto,* Génova, 1987. ZAGREBELSY, G. — // *Sistema Costituzionaie delle fonti dei diritto,* Torino, 1984.

A I *REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE CONCEITUAL*

I — Fontes de direito: metáfora e polissemia

O problema do sistema constitucional das fontes de direito pressupõe, como tantos outros, a iluminação teorético-dogmática dos sentidos do vocábulo «fontes de direito»[1].

Para a inteligibilidade do discurso subsequente retenham-se os sentidos seguintes, não esquecendo que o semema «fontes» é uma metáfora utilizada para designar não uma substância «preexistente» e «armazenada», mas sim o complexo fenómeno da génese, validade, conhecimento e normatividade do «direito». Daí que o enunciado semântico «fontes de direito» nos surja com sentidos diferentes.

1. Fontes genéticas

Fontes genéticas do direito são os elementos materiais ou reais — as forças e as condições fácticas, materiais e espirituais — que estão na génese da criação e desenvolvimento do direito (condições naturais, relações de produção, mundividências, cosmovisões, crenças religiosas, concepções éticas, ideologias políticas, «fundamentalismos dogmáticos», «coisas do tempo», necessidades existenciais, «modas» e arquétipos). São, por assim dizer, o húmus onde germina e se desenvolve o direito; delas não resultam, porém, automaticamente, princípios e regras jurídicas. Esta acepção já atrás foi insinuada quando se aludiu aos conceitos de «constituição material» e de «constituição real».

[1] Entre nós, cfr. por exemplo, Castanheira Neves, «As Fontes de Direito e o problema da positividade jurídica», in *BFDC,* LII, 1976; idem, «Fontes de Direito», in *Polis,* I, p. 1613 ss; J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador,* Coimbra, 1983, p. 153 ss; Oliveira Ascensão, *O Direito — Introdução e Teoria Geral,* 1978, p. 215 ss.

2. Fontes de valoração

São as medidas, fundamentos ou princípios (justiça, igualdade, segurança jurídica) que devem informar materialmente as normas jurídicas. Neste sentido, as fontes são «fundamento de validade do direito». É uma acepção que esteve subjacente às considerações feitas na Parte I, Cap. 3, sobre a legitimidade e justiça da constituição.

3. Fontes de conhecimento

São as formas de revelação e definição das «normas de direito positivo». Neste sentido, a constituição é uma fonte de conhecimento. Ela própria «revela» as normas e princípios constitucionais e, ao mesmo tempo, identifica outras «fontes de direito» (a lei, o decreto--lei, os regulamentos).

4. Fontes de juridicidade

Apontam para os modos e momentos constitutivos da norma-tividade jurídica (momento material, momento de validade, momento constituinte). É um sentido que toca o problema do fundamento do direito constitucional como direito justo e eficaz, revelando-se particularmente importante na discussão da legitimidade da constituição e do poder constituinte material. Todavia, ele situa-se a montante — na «origem» da normatividade constitucional e da supraconstitucionali-dade autogenerativa — quando o que nos interessa, agora, é captar as formas de conhecimento de algo como direito positivo. Pelo que se acaba de dizer, os desenvolvimentos seguintes prendem-se sobretudo com o sentido referido em terceiro lugar, muito embora os problemas da «lei-material», do «direito consuetudinário» e do «direito judicial» insinuem a necessidade de ter sempre presentes as acepções referidas em 2 e 4.

II — Fontes formais e materiais

Alude-se a um conceito de «fonte de direito» puramente *formal* quando se enfatiza exclusivamente o procedimento de produção, relê-

gando para plano secundário o conteúdo prescritivo. Deste modo, uma lei é fonte de direito porque emana de uma autoridade com competência legislativa (ex: Assembleia da República) e é elaborada segundo os cânones procedimentais prescritos na constituição, na lei ou documentos equiparados (procedimento legislativo desenvolvido nos termos de normas constitucionais, legais ou regimentais).
Fontes de direito em *sentido material* serão os actos normativos que, além de cumprirem certos requisitos formais, apresentam um determinado *conteúdo* (ex: «inovam» o direito preexistente, estabelecem «regras» gerais, fixam «padrões de comportamento», criam «normas jurídicas»). Voltar-se-á ao tema quando se abordar o conceito material de lei (cfr. *infra),* mas convém, desde já, reter esta importantíssima compreensão material das fontes de direito. Fontes de direito serão, por conseguinte, todas as *regras e medidas que estabelecem padrões de comportamento, fixam os fins e os critérios materiais da actuação dos poderes públicos e determinam o modo de decisão de litígios jurídicos independentemente da forma externa de revelação.* Serão, assim, fontes materiais o «costume» e o «direito não escrito», embora a hipótese mais normal seja a revelação das «fontes materiais» através de modos de produção formalizados[2].
Das considerações feitas a propósito do sentido de «fontes de direito» como fontes do conhecimento do direito, intui-se que, no presente Capítulo, nos vamos debruçar sobre a constituição como *norma primária sobre a produção jurídica* (= «norma sobre a produção», «direito sobre o direito») e sobre as *«normas de produção»* do direito (leis, regulamentos, estatutos). Os problemas a debater estão, pois, relacionados com a articulação das «normas sobre a produção jurídica» (sobretudo a constituição) com as «normas de produção jurídica», isto é, os tipos abstractos de normas que, no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional português, podem considerar-se como «fontes de revelação e conhecimento de regras jurídicas, independentemente do seu conteúdo»[3]. No entanto, por uma questão de rigor, também aqui devemos fazer um esforço de descodificação da plurisignificatividade conceituai. Assim.
Cfr. P. Kirchhof, *Rechtsquellen und Grundgesetz,* in FG-Bverfg, II,
p.53.
diritto. pág. 69 ss.
[3] Cfr., por último, G. Zagrebelsky, *// Sistema Costituzionale delle fonti di diritto,* Torino, 1984, p. 4 ss.; De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes,*

(1) *Fontes de produção = autoridade normativa*
Tem-se em vista a autoridade com competência para *«criar»* direito (ex: os órgãos legislativos como a Assembleia da República, Governo, as assembleias legislativas regionais).
(2) *Fontes de produção = acto normativo*
Coloca-se aqui o acento tónico no acto de linguagem com conteúdo prescritivo (ex: «o acto de legislar»).
(3) *Fontes de produção - documento normativo*
Salienta-se que o resultado de um acto normativo é formalmente plasmado num documento (ex: o documento legislativo).
(4) *Fontes de produção = norma*
Põe-se em relevo o significado atribuído aos enunciados plasmados nos documentos normativos através do processo de interpretação (ex: as normas da lei).
Nos desenvolvimentos subsequentes ter-se-ão sobretudo em conta os sentidos (2) e (3). O sentido (4) esteve presente quando, atrás, se debateu o problema da constituição como sistema de regras e princípios (Parte II, Cap. 2) e o problema da interpretação das normas constitucionais (Parte II, Cap. 3).

B I *A REGULAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL PLURALISTA*

I — O desafio da regulática

O estudo das fontes de direito no âmbito do direito constitucional está tradicionalmente vinculado a uma visão estatocêntrica da criação do direito. O monopólio de normação jurídica pertenceria ao Estado ou, pelo menos, a entidades públicas dotadas de prerrogativas normativizadoras. No entanto, de vários quadrantes — desde algumas correntes de filosofia do direito e metodologia jurídicas até às teorias

ordenamentais do pluralismo jurídico, passando pelas correntes da sociologia crítica e da antropologia jurídica — se insiste na inadequação e até irrealismo de uma tal visão. Nos tempos recentes, tem-se acentuado uma nova perspectiva designada por *regulática.* O ponto de partida da regulática é, tendencialmente, este: as mudanças estruturais da sociedade de informação tornam clara a necessidade de o direito não ser considerado como *regulador heterónomo de relações sociais* mas como *instrumento de trabalho para autoregulação das relações sociais.* Consequentemente, o problema das fontes de direito deve ter em consideração não apenas as questões tradicionalmente ligadas às regulações legais, mas também *normações jurídicas de qualquer género,* como, por exemplo, contratos, sentenças, convenções colectivas de trabalho, normas privadas das empresas e de associações (ex: federações desportivas). Além disso, uma compreensão moderna *(rectius:* pós-moderna) das fontes de direito deve também responder às mudanças das estruturas sociais num sentido individualizante, e, por isso, causadoras de modelos de regulação flexíveis. Se olharmos para os modelos de regulações opcionais — no mercado de trabalho, no sistema de segurança social, no sistema de subcontratação, nos mercados de habitação — verifica-se-á que as perspectivas estáticas--estatocêntricas não respondem aos desafios do direito «individualizante» e «flexível».

Independentemente dos postulados teóricos e políticos da regulática, é inegável que não existe *um monopólio estatal de normação* constitucionalmente consagrado. Pelo contrário: vários preceitos constitucionais apontam para a necessidade de *desconcentração* e *descentralização da regulação jurídica* e para a indispensabilidade de articular em moldes inovadores o direito interno com os fenómenos da *internacionalização* e *supranacionalização.*

II — Desconcentração e descentralização

1. Desconcentração

Como se estudará melhor adiante a propósito dos regulamentos, a atribuição de poderes normativos ao Governo embora não perturbe a centralidade estatal de regulação jurídica, serve para descongestionar os órgãos legislativos, transferindo para os órgãos executivos e administrativos uma competência mais ou menos ampla de normação jurídica (cfr. *infra).*

2. Descentralização
A consagração de estruturas autónomas de natureza territorial — desde as regiões autónomas até aos municípios — é também acompanhada pelo fenómeno da *descentralização regulativa.* Nesta perspectiva se compreende a atribuição de poderes legislativos e regulamentares às regiões autónomas e de poderes regulamentares aos municípios (cfr. CRP, artigos *229.°/\\alblcld,* e 242.°)[4].
3. Administração autónoma
A Constituição deu também guarida a unidades jurídicas autónomas, radicadas em determinadas realidades sociológicas, fazendo acompanhar esse reconhecimento da autonomia por poderes de regulação autónomos. Assim, por exemplo, as universidades gozam de poder estatutário (CRP, artigo 76.71); as ordens profissionais, na sua qualidade de associações públicas autónomas, beneficiam de poderes de regulação disciplinar, deontológica e profissional (CRP, art. 267.°/3); as federações desportivas elaboram regulamentos e estatutos autónomos.

III — Internacionalização e supranacionalização

1. Internacionalização
Elemento caracterizador da actual ordem jurídico-constitucional quanto às fontes de direito é a sua abertura à normação internacional (CRP, art. 8.°). Como se irá ver (cfr. *infra),* o direito internacional geral e o direito internacional convencional fazem parte integrante do direito português, observados que sejam os requisitos constitucional-mente exigidos.
2. Supranacionalização
O direito comunitário, depois da integração de Portugal na Comunidade Económica Europeia, tem relevância crescente no orde-

[4] Cfr VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar e reserva de lei,* p. 32 ss.

namento jurídico interno. Como adiante se verá (cfr. *infra),* a Comunidade Europeia constitui uma associação específica, à qual foi atribuído um poder originário supranacional e em que uma das manifestações mais exuberantes deste poder é a competência normativa. Daí a importância desta nota: o ordenamento estadual abre-se a fontes de direito supranacionais, alterando-se radicalmente o monopólio estadual de criação do direito.

IV — Direito judicial

A legitimidade e imprescindibilidade do *Richterrecht* («direito dos juizes», «direito judicial») parece ser hoje indiscutida. Problemática e objecto de controvérsia é já a extensão deste direito de criação judicial. Por agora ficará apenas a indicação (cfr. *infra):* a investigação e obtenção do direito criadoramente feita pelos juizes ao construirem normas decisão constitui um dos momentos fractais mais significativos da pluralização das fontes de direito.

V — Normação privada

A regulática salienta com vigor a importância da regulação privada na paleta multiforme das fontes do direito. Desde os conhecidos contratos colectivos de trabalho até às cláusulas gerais de contratos (ex: cláusulas de seguros), passando pelos modelos das regras técnicas, vão surgindo manifestações normativas de agentes de produção privados com progressiva importância como instâncias regulativas de interesses e litígios dos particulares[5].

' Cfr., por todos, P. KIRCHHOF, *Private Rechtssetzung,* 1987.

CAPITULO 15

PADRÃO IV — AS FONTES DE DIREITO 2.° — AS RELAÇÕES ENTRE AS FONTES DE DIREITO

Sumário

Indicações bibliográficas

A e **B) ESQUEMAS RELACIONAIS ENTRE AS FONTES DE DIREITO**

De Otto, I — *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes,* Barcelona, 1987. Zagrebelsky — *// sistema costituzionale delle Fonti di Diritto,* Torino, 1984.

C) **PRINCÍPIOS DA PREVALÊNCIA E DA RESERVA DE LEI**

Coutinho de Abreu, J. M. — *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade,* Coimbra, 1985.
Kloepfer, M. — «Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel», *JZ,* 1984, p. 687 ss. Krebs, W. — *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte,* 1985.
Miranda, J. — *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 270 ss. Ossenbühl, F. — «Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen», in Götz / Klein / / Starck, *Die ôffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle,* Munchen, 1985.
Piçarra, N. — "A Reserva de Administração", in *O Direito,* 122 (1990), p. ss. Rubio Llorente — «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», in *RAP,* 100-102, p. 417 ss. Sérvulo Correia, J. M. — *Legalidade e autonomia contratual,* Coimbra, 1988. Sorrentino / Balduzzi — «Riserva di legge», in *Ene. Dir.,* XL, 1207 ss. Vieira de Andrade — *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei,* Coimbra, 1987. R. Gomez-Ferrer Morant — «Relaciones entre leyes: competência, jerarquia y funcion constitucional», in *RAP,* 113, p. 7 ss.

A I *O PRINCIPIO BÁSICO E TRADICIONAL DO SISTEMA DE NORMAS SOBRE A PRODUÇÃO JURÍDICA*

Compete à constituição como norma primária sobre a produção jurídica identificar as fontes de um ordenamento jurídico e determinar os critérios de validade e eficácia de cada uma delas, de *per se* ou em relação com outras fontes. A primeira função — identificação das fontes — encontra-se plasmada, por exemplo, nos artigos 8.° (direito internacional e direito supranacional), 115.° (actos normativos), 118.° (referendo), 164.°, 167.°, 168.° (leis da Assembleia da República), 201.° (competência legislativa do Governo), *202°lc* (competência regulamentar do Governo), 242.° (poder regulamentar das autarquias locais), 56.° (convenções colectivas de trabalho), 229.7a *b* e *c* e *d* (poderes normativos das regiões autónomas).

A segunda função é explicitada em normas como as dos artigos 115.°/2/3/5 e 242.°. Para além das indicações das normas constitucionais sobre o valor e relação das fontes entre si, o artigo 115.75 constitui a refracção de um princípio básico do sistema de normas sobre a produção jurídica susceptível de sintetizar-se do seguinte modo: *nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia igual ou maior que a dela própria; pode apenas criar fontes de eficácia inferior*[1]. Esta regra básica é susceptível de desdobramento em vários «postulados»:

(1) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor de que ela própria não dispõe (exemplo: criação de leis com valor superlegislativo; criação de regulamentos que se atribuem valor super-regulamentar).

(2) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor idêntico ao seu (princípio de tipicidade ou do *numerus clausus* das fontes).

[1] Cfr. G. ZAGREBELSKY, // *sistema costituzionale dellefonti di diritto,* cit, p. 5 ss.

(3) nenhuma fonte pode dispor do seu próprio valor jurídico, aumentando-o ou diminuindo-o — proibição, por exemplo, de regulamentos derrogatórios da lei (diminuição de valor) ou criação de leis com «valor reforçado» sem base constitucional (reforço de valor).
(4) nenhuma fonte pode transferir para actos de outra natureza o seu próprio valor (exemplos: proibição de regulamentos com valor de lei; proibição de interpretação autêntica da lei através de regulamentos; proibição de interpretação autêntica da lei através de actos jurisdicionais).
Não obstante as críticas que têm sido dirigidas contra o artigo 115.°/5 e as tentativas de defraudar o seu alcance e extensão jurídicas (exemplo: legitimação de assentos e de regulamentos autónomos *contra legem),* a sua disciplina exprime, tendencialmente, pontos inderrogáveis do Estado constitucional, quer se tenham em conta as dimensões do princípio do Estado de direito quer as dimensões do princípio democrático.

B I *OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DOS ESQUEMAS RELACIONAIS ENTRE AS FONTES DE DIREITO*

I — Princípio da hierarquia

Os actos normativos (leis, decretos-leis, tratados, decretos legislativos regionais, regulamentos) não têm todos a mesma hierarquia, isto é, não se situam num plano de horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma *pirâmide jurídica* (cfr. Parte I, Cap. I, A, IV, I). A representação gráfica é a seguinte[2]:

[2] Repare-se que, por enquanto, estamos a considerar apenas as normas internas (e nem sequer de forma exaustiva), não tendo em conta as normas internacionais e supranacionais. O esquema do texto ver-se-á em A. KATZ, *Staatsrecht, 9."* ed., 1989, p. 5 ss. Sobre o sentido da hierarquia normativa cfr., por último, A. Ruiz MIGUEL, «El principio de Jerarquia Normativa», in REDC, 24 (1988), p. 135 ss.

Constituição
e
leis constitucionais
Actos regulamentares Normas estatutárias
Pirâmide de normas ou pirâmide normativa

Em virtude da *pluralidade* das normas e da indeclinável *função ordenadora* do direito, compreende-se que sejam as normas superiormente colocadas na pirâmide jurídica (constituição e leis constitucionais) os actos normativos idóneos para estabelecer a relação hierárquica entre os actos normativos infraconstitucionais. A CRP ordena hierarquicamente os actos normativos Ínfraconstituionais de acordo com os seguintes princípios.

(1) *Princípio da preeminência* ou *superioridade dos actos legislativos* (leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais) relativamente aos actos normativos regulamentares ou estatutários (cfr. artigo 115.75 e 6).

(2) *Princípio da tendencial paridade* ou *igualdade entre as leis e os decretos-leis* (artigo 115.72), o que significa poderem as leis e os decretos-leis, em princípio, interpretar-se, suspender-se ou revogar-se reciprocamente.

(3) *Princípio da prevalência das leis gerais da República sobre os actos legislativos regionais* (artigo 115.73), donde resulta: (i) *preclusão* dos decretos legislativos regionais pelas leis gerais da República, devendo aqueles limitar-se, de forma positiva, a desenvolver a disciplina das leis gerais, e, de forma negativa, a observar os limites das mesmas, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade (cfr. *infra);*
(ii) *prevalência* das leis gerais da República sobre os decretos legislativos regionais anteriores, pois as normas regionais são «desbancadas» ou «deslocadas» por leis da República que

posteriormente venham incidir sobre as mesmas matérias[3] (neste sentido, a doutrina alemã diz que o direito federal «quebra» o direito regional: *«Bundesrecht bricht Landesrecht»),*

(4) *Princípio da superioridade* ou *preeminência das normas de enquadramento* ou *de bases sobre as normas complementares («Lex completa derogat legi complenti»).*

Nos termos do artigo 115.°/2 e 3, existem relações de *supra* e *infra-ordenação* entre vários actos normativos com valor legislativo, pois: (i) as leis da AR têm *valor paramétrico superior* aos decretos-leis, quando revistam a forma de leis reforçadas, de leis bases e de leis de autorização (artigo 115.°/2), nos termos a explicitar mais adiante; (ii) certas leis têm *valor reforçado* ao beneficiarem de forma e procedimento especiais, ao regularem a produção de outras leis (exemplos: lei de enquadramento de orçamento, artigo 108.°; lei de modificação de municípios, artigo 249.°) ou ao constituírem um limite constitucional expresso ou implícito de outras leis (exemplo: lei do orçamento do Estado, artigo 170.°/2); (iii) os decretos legislativos regionais, na medida em que desenvolvam leis de bases ou complementem ou integrem as leis gerais da república (que se limitem a leis de enquadramento) devem preencher os espaços normativos autonômicos segundo a disciplina material das mesmas leis gerais (salvo autorização da AR, nos termos do art. 229.7b).

II — Princípio da competência

A função ordenadora dos actos normativos não pressupõe apenas uma hierarquização dos mesmos através de relações de *supra--infra-ordenação,* mas também uma divisão espacial de competências. O princípio hierárquico acentua o carácter de *limite negativo* dos actos normativos superiores em relação aos actos normativos inferiores; o princípio da competência pressupõe antes uma *delimitação positiva,* incluindo-se na competência de certas entidades a regulamentação material de certas matérias (exemplo: só pertence às regiões autónomas legislar sobre as matérias de interesse específico para a região).

[3] Precisamente nestes termos cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotações ao artigo 115.° Cf., porém, *infra,* Cap. 20.

O princípio da competência aponta para uma visão plural do ordenamento jurídico. Este não se reduz ao ordenamento estadual, pois ao lado dele existem os ordenamentos regionais, os ordenamentos locais e os ordenamentos institucionais. Daí a seguinte representação gráfica de um ordenamento jurídico plural.

Ordenamento estadual
Ordenamento regional
Ordenamento autónomo (local e institucional)
Ordenamento jurídico

O princípio da competência não perturba o princípio da hierarquia e a configuração piramidal da ordem jurídico-constitucional (de resto, exigidos pelo princípio da unidade do Estado). Põe, todavia, em relevo um aspecto importante dos ordenamentos plurais: a existência de espaços normativos regionais e autónomos. Isto justifica a competência legislativa e regulamentar, por exemplo, das Regiões Autónomas em matérias de interesse específico para as Regiões (cfr. artigo 229.*°la, b* e *c),* o poder regulamentador das autarquias locais (artigo 242.°), o poder regulamentador de ordens profissionais.

C I *OS PRINCÍPIOS DA PREVALÊNCIA E DA RESERVA DE LEI*

O princípio da hierarquia das fontes internas concretiza-se fundamentalmente através da articulação de dois princípios: o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio da prevalência ou da preferência da lei.* Como resultou já do estudo do princípio do Estado de direito (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I, 1), o princípio da prevalência ou da preferência da lei é hoje suplantado pelo princípio da prevalência da constituição *(Vorrang der Verfassung).* Nem por isso, o princípio da preferência da lei deixou de ter conteúdo útil.

I — Princípio da prevalência da lei

1. Ideia básica e tradicional

Historicamente, o princípio da primazia ou prevalência da lei *{Vorrang des Gesetzes)* foi entendido com uma tripla dimensão:

(1) a lei é o acto da vontade estadual juridicamente mais forte;

(2) prevalece ou tem preferência sobre todos os outros actos do Estado, em especial sobre os actos do poder executivo (regulamentos, actos administrativos);

(3) detém a posição de «topo da tabela» da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica (salvo, como é óbvio, as constitucionais)[4].

Estas dimensões — expressão «primeira» da vontade estadual, vinculação do executivo, primariedade na hierarquia das fontes — influenciaram a teoria da preferência da lei até à actualidade.

2. Eficácia formal e força de lei

Com base nas ideias acabadas de expor, à lei era atribuída uma *força* ou *eficácia formal {Gesetzeskraft, force de la loi),* pretendendo--se designar com isso: (1) a força de inovatividade em relação a outras fontes *{eficácia formal activa)* através da possibilidade da revogação, derrogação ou modificação destas últimas; (2) a capacidade de resistência à força de inovação de outras fontes *{eficácia formal passiva).*

3. Conteúdo actual

O princípio da preferência da lei comporta ainda hoje uma *dimensão positiva* e uma *dimensão negativa.*

(1) *Dimensão positiva:* traduz-se na exigência de observância ou de aplicação da lei;

[4] Cfr. as exposições magistrais e agora clássicas de Afonso Queiró, *O poder discricionário da administração,* Coimbra, 1946; Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito,* Coimbra, 1955; A. Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo,* Lisboa, 1962. Por último, Sérvulo Correia, *Legalidade* cit., Coimbra, 1988.

(2) *Dimensão negativa:* implica a proibição de desrespeito ou de violação da lei.
Em termos práticos, a articulação das duas dimensões aponta: (i) para a exigência da aplicação da lei pela administração e pelos tribunais (cfr. CRP, artigos 206.°, 266. *12),* pois o cumprimento con-cretizador das normas legais não fica à disposição do juiz (a não ser que as «julgue» inconstitucionais) ou dos órgãos e agentes da administração (mesmo na hipótese de serem inconstitucionais)[5]; (ii) a proibição de a administração e os tribunais actuarem ou decidirem contra a lei, dado que esta constitui um limite («função de limite», «princípio da legalidade negativa»)[6] que impede não só as violações ostensivas das normas legais, mas também os «desvios» ou «fraudes» à lei através da via interpretativa; (iii) nulidade ou anulabilidade dos actos da administração e das medidas judiciais ilegais; (iiii) inadmissibilidade da «rejei-ção», por parte dos órgãos e agentes da administração (mas já não por parte dos juizes), de leis por motivo de inconstitucionalidade[7]. Neste sentido pôde um autor afirmar recentemente que o princípio da legalidade era um «verdadeiro polícia da ordem jurídica» (J. CHEVALLIER).

4. Relativização do princípio da prevalência da lei

O princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de «erosão» e de «relativização» que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade (cfr. *infra,* Parte IV, Padrão IV).
Quanto à «escala de dureza das normas» (CALAMENDREI), o princípio da constitucionalidade marca a indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. Relativamente ao próprio princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acaba por ser objecto de uma tendencial relativização porque, por um lado, surgiram *outros actos com força de lei* (exemplo: decretos-leis do Governo; decretos legislativos regionais) e, por outro lado, configuraram-se *actos legislativos com valor reforçado* (exemplo: leis reforçadas).

[5] Cfr., por último, CH. GUSY, «Der Vorrang des Gesetzes», in *JUS,* 1983, p. 191 ss. Cfr. também *supra,* Parte IV, Padrão II.
[6] Nisto se traduzia o clássico princípio da legalidade negativa da administração. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* p. 36 ss.
[7] Cfr. *supra,* Parte IV, Padrão II, p. 596, e J. PIETZCKER «Zur Inzidentverwerfung durch die vollziehende Gewalt», in *AÒR,* 101 (1976), p. 381 ss.

II — O princípio da reserva de lei

1. Reserva de lei e estrutura constitucional

Através do conceito de *reserva de lei (Vorbehalt des Gesetzes)* pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei («reservados à lei»). Esta «reserva de matérias» significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos). Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas. A esta dimensão da reserva de lei acresce uma outra: a de o poder executivo carecer de um fundamento legal para desenvolver as suas actividades (reserva de lei como teoria da dependência do executivo perante o legislativo).

A reserva de lei não deve divorciar-se das estruturas constitucionais concretas de cada país, pois ela coloca problemas de *delimitação de competências* que só em face dos ordenamentos constitucionais positivos podem ser esclarecidos. Assim, por exemplo, é diferente a problemática da reserva de lei num esquema constitucional de competências, como o português, em que o Governo também possui poderes legislativos originários, e a problemática da reserva de lei numa ordem constitucional de competências onde o executivo só dispõe de «poderes legislativos» quando autorizado pelo Parlamento. Não deve também esquecer-se que a reserva de lei depende da própria compreensão da ordenação de competências dentro dos arranjos organizató-rios do poder político. Na realidade, a reserva de lei assume contornos diversos num sistema influenciado pela ideia de *checks and balances* como o norte-americano ou num esquema de divisão de poderes (legislativo, executivo e judicial), como o sistema alemão.

2. Fundamentos constitucionais da reserva de lei

Subjacentes à reserva de lei estão razões inerentes ao princípio do Estado de direito e razões associadas ao princípio democrático. Relacionadas com este último princípio destacam-se a ideia de lei compreendida como decisão emergente de um procedimento onde participaram forças sociais e políticas, maioritárias e minoritárias, representadas no parlamento, e a ideia de lei como acto de consenti-

mento (auto-ordenação) dos cidadãos relativamente às medidas nela previstas.
Mais próximas do princípio do Estado de direito, estão as ideias de lei como instrumento de garantia contra o poder executivo e como regra primária indispensável ao desenvolvimento da actividade administrativa[8].

3. Dimensão positiva e dimensão negativa

A reserva de lei comporta duas dimensões: uma *negativa* e outra *positiva.* Nas matérias reservadas à lei está proibida a intervenção de outra fonte de direito diferente da lei (a não ser que se trate de normas meramente executivas da administração). Além disso, nessas mesmas matérias a lei deve estabelecer ela mesmo o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes.

4. Reserva de lei/reservas de lei

Existe hoje uma grande oscilação doutrinal na caracterização e delimitação do âmbito da reserva de lei. Ao facto não é alheia a polissemia de sentidos detectada nos recentes desenvolvimentos sobre esta matéria, nem as diversas configurações organizatório-constitu-cionais existentes em diferentes ordenamentos jurídicos. Impõe-se, por isso, alguma clarificação conceituai[8a].

a) *Reserva de lei/reserva de parlamento*

Designa-se *reserva de parlamento* o conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de regulação através do parlamento em forma de lei. Esta reserva de parlamento designa-se, por vezes, *reserva de lei formal.* É relativamente a esta reserva de parlamento que convergem, com mais intensidade, as dimensões inerentes ao princípio do Estado de direito e ao princípio democrático atrás

[8] Cfr. ainda hoje os trabalhos fundamentais de JESCH, *Gesetz und Verwaltung,* 1961, p. 117 ss, de Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre,* 1965, e de Fois, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali,* 1963, p. 11 ss.
[8a] Para outros sentidos de «reserva» cfr. JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 273 ss.

assinalados. Trata-se, por um lado, de assegurar, através da lei, a observância dos princípios concretizadores do princípio do Estado de direito (princípio da confiança e segurança jurídicas, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade). Visa-se, por outro lado, «guardar para um órgão com uma legitimação política especial o estabelecimento das bases de todos os regimes jurídicos cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na integralidade quando respeitem a assuntos que mais sensibilizem uma comunidade (Sérvulo Correia)[9].

b) *Reserva de lei/reserva de acto legislativo*

Na estrutura constitucional portuguesa nem sempre a reserva de lei significa que o parlamento deva, ele próprio, disciplinar densifica-damente determinadas matérias. Nuns casos, embora se preveja na constituição a competência do parlamento para legislar sobre certas matérias, pode o Governo ser autorizado a emanar decretos-leis incidentes sobre essas mesmas matérias. Fala-se aqui de *reserva relativa* (CRP, artigo 168.°).

Noutros casos, a Constituição exige a intervenção da lei para definir ou fixar o regime jurídico de certas matérias, mas não estabelece a obrigatoriedade de reserva do parlamento. Nestes casos impõe--se uma *reserva de acto legislativo,* sendo indiferente que se trate de lei formal da AR ou de decreto-lei do Governo.

c) *Reserva de lei/reserva de decreto-lei*

No ordenamento constitucional português existe *reserva de decreto-lei* quando a disciplina jurídica de determinados assuntos deve pertencer a um decreto-lei do Governo, com exclusão da intervenção de outros actos legislativos (CRP, artigo 202.72).

d) *Reserva de lei/reserva de norma jurídica*

Em certas hipóteses, a «reserva de lei» significa apenas exigência de uma disciplina normativa geral que pode ser alcançada através

[9] Cfr. Sérvulo Correia, *Legalidade,* p. 36 ss.; Zippelius, *Allgemeine Staatslehre,* p. 289.

de actos normativos inferiores à lei. Neste sentido se alude a *reserva de lei material:* necessária é uma norma, mas não a forma da lei.

e) *Reserva de lei/reserva de lei reforçada*

Fala-se em *reserva de lei reforçada* quando o regime jurídico de certas matérias exige não só uma lei formal do parlamento, mas ainda uma lei carecida de forma especial a que se atribui, no caso de existência de esquemas relacionais (cfr. art. 169.72), valor paramétrico relativamente a outros actos legislativos (cfr. *infra,* noção de leis reforçadas).

III — Problemas actuais da reserva de lei

Os sentidos de reserva de lei acabados de referir não esgotam a problemática actual do princípio da reserva de lei. Três núcleos de questões ocupam a discussão juspublicística contemporânea: (1) a relação da reserva de lei com a garantia de direitos fundamentais; (2) o problema da reserva total de lei; (3) o papel da reserva de lei no âmbito das relações especiais de poder.

1. **Reserva de lei e garantia de direitos fundamentais**

Uma notável mutação de sentido da reserva de lei verifica-se no esquema relacional lei-direitos fundamentais. Inicialmente, a reserva de lei compreendia-se como «reserva da liberdade e da propriedade dos cidadãos». A reserva geral de lei tinha como intenção primária defender os dois direitos básicos do indivíduo — a liberdade e a propriedade.

No actual contexto constitucional este esquema deixou de ser uma construção aceitável. Em primeiro lugar, a reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais (maxime no âmbito dos direitos, liberdades e garantias) dirige-se contra o próprio legislador: *só* a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei *só* pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão II, Cap. 8, D). Acresce que neste domínio dos direitos fundamentais, a reserva de lei não possui apenas uma dimensão garantística em face das restrições de direitos; ela assume também uma dimensão conformadora-concretizadora desses mesmos direitos (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão II, Cap. 9). Daí a relevância dos direitos fundamentais como elemento determinador do âmbito da reserva de lei.

2. Reserva geral de lei

Diferente do sentido da reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais é o sentido da *reserva geral de lei* nas suas relações com os actos da administração. Aqui ela continua a garantir e reforçar o *direito de determinação* do legislador em face das actividades dos órgãos da administração (cfr. artigo 115.°/6/7)[10]. Nesta perspectiva, a relação entre a reserva de lei e o princípio da legalidade da administração continua a apontar para a acentuação da «legalidade substancial» assente: (1) no fundamento legal para os poderes conferidos à administração; (2) na determinação e densificação, por parte do legislador, dos limites materiais da acção da administração.

3. Reserva total de lei

Segundo o princípio da *reserva total de lei (Totalvorbehalt)* exigir-se-á sempre uma lei prévia (princípio da precedência da lei) determinadora da actividade da administração, quer se trate de administração coactiva e ingerente *(Eingriffsverwaltung)* quer de administração de prestações *(Leistungsverwaltung).* Esta exigência assenta num argumento democrático e num argumento de Estado de direito. Argumento democrático: o parlamento adquiriu centralidade política nos estados constitucionais democráticos, devendo dirigir (e não apenas limitar) a actividade do executivo. Argumento de Estado de direito: a dependência dos cidadãos perante o Estado verifica-se não apenas nas intervenções ingerentes mas também nas actividades pres-tacionais[11].

[10] Cfr. W. KREBS, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte,* 1975, p. 109 ss; M. KLOEPFER «Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel», *JZ,* 1984, p. 687; TH. WÚLFING, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken,* 1981, CRISAFULLI, *Lezioni,* II, cit. p. 84 ss.

[11] Cfr., sobretudo, SCHAUMANN, «Gleichheit und Gezetzmãssigkeitprinzip», *JZ,* 21, 1966, p. 731 ss; F. OSSENBUHL, «Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen», in GÕTZ / KLEIN / STARCK, *Die õffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und Richterliche Kontrolle,* Munchen, 1985, p. 9 ss e 36 ss. Entre nós, cfr., por ex., COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade,* Coimbra, 1987, p. 158 ss.; ROGÉRIO SOARES, «Princípio da legalidade e administração constitutiva», in *BFDC,* vol. LVII, 1981, p. 173 ss.

a) *Reserva de lei quanto a prestações (Leistungsverwaltung)*

Quando as subvenções representam simultaneamente uma *vantagem* para uns cidadãos e *encargo* para outros elas devem ter apoio legal. Mas, para além disso, devem salientar-se dois pontos fundamentais. Um refere-se à *garantia da igualdade material.* Sendo o princípio da igualdade um princípio constitucional imediatamente vinculante, ele será sempre um limite da discricionariedade da administração. Neste resvaladiço, desconhecido e não transparente domínio da administração de prestações, onde as discriminações ideológicas, políticas e sociais ainda não encontraram garantias sólidas (exemplo: quais os critérios de subvenção para promoção da arte cinematográfica, auxílio a jardins de infância, grupos teatrais, cantinas) os critérios objectivos devem ser fixados por lei. Parece-nos, pois, justificada a defesa de uma reserva de lei na administração de prestações, sempre que esteja em causa o princípio da igualdade. Ela é uma exigência do princípio democrático e do princípio do Estado de direito[12].

Outro ponto relevante (de resto conexionado já com o anterior) é o de que no domínio da *realização e efectivação dos direitos fundamentais* não se justifica hoje a reserva de lei limitada às ingerências na liberdade e propriedade dos cidadãos *(Freiheit und Eigentumsklausel).* Qualquer realização, efectivação e concretização dos direitos fundamentais tem uma dimensão legal; à lei compete definir o sentido e o fim das medidas relevantes sob o ponto de vista dos direitos fundamentais *(princípio da reserva de lei para concretização dos direitos fundamentais)*[13].

O conceito de administração de prestações terá talvez um valor heurístico, mas não um significado jurídico decisivo[14]. O problema fundamental que a reserva de lei suscitará na administração de prestações é o de saber qual o *instrumento legal apropriado* para assegurar a reserva. A doutrina, em geral, satisfaz-se com: (1) a previsão dos meios prestacionais no orçamento; (2) que a aplicação destes meios tenha nele um suficiente esboço; (3) que a destinação desses meios caiba dentro das competências constitucionais atribuídas à administração. Esta *reserva orçamental* suscita, porém, dois problemas: a) saber se o

[12] Cfr. o tom cauteloso das considerações de Sérvulo Correia, *Os princípios constitucionais,* cit., p. 675; *Noções de Direito Administrativo,* p. 28 e, por último, em *Legalidade,* cit., p. 49 ss, e 36 ss, 84 ss; Jarass, «Der Vorbehalt des Gesetzes in Subventionen», in *NVWZ,* 1984, p. 473 ss; M. Kloepfer, «Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel», in *JZ,* 1984, p. 685 ss. Num sentido mais próximo do defendido no texto, cfr. Freitas do Amaral, *Direito Administrativo,* p. 989 ss.

[13] Cfr., sobretudo, Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte,* Berlin, 1975, p. 47, 69 ss, 72 ss, 110 ss. Entre nós, Rui Machete, *O contencioso Administrativo,* p. 28.

[14] Isto quer dizer que, contra a tese da diferença natural entre as duas administrações (Forsthoff), nos parece cada vez mais acertada a posição de Bachof, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gesenwartsaufgaben der Verwaltung», in *WDSTRL,* 30 (1970) = Bachof, *Wege zum Rechtsstaat,* 1980, p. 255 ss, nota 317, que salienta precisamente o valor heurístico referido no texto. Cfr., por último, Kisker, «Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes», *NJW,* 1977, p. 1313 ss.

orçamento é um fundamento legal apropriado no sentido da reserva de lei; *b)* se os fins traçados no orçamento não constituirão para a actividade administrativa uma tão «mínima orientação» que, praticamente, equivale à inexistência de directiva legal[l5].

Qualquer que seja a orientação (limitação da reserva de lei à administração coactiva ou sua extensão à administração de prestações), afigura-se-nos correcto exigir, pelo menos, um *praticável alargamento da reserva de lei às subvenções importantes,* pela sua duração, pelo número de destinatários, pelas somas dispendidas e pela relevância dos fins para a economia ou política cultural e social[16]. As subvenções e o problema da reserva de lei não podem, assim, ser consideradas apenas a partir do ponto de vista dos cidadãos, mas também do ponto de vista do estado democrático, responsável por uma *equitativa administração dos recursos escassos.*

b) *Reserva de lei e organização da administração*

É este outro campo em que o alargamento da reserva de lei é discutido. Na doutrina tradicional, entendia-se ser o *poder de organização* matéria reservada do executivo (cfr. artigo 201.°/2), não se justificando qualquer autorização legal. Hoje, há também quem continue a defender a mesma posição, até porque o executivo assenta, nas modernas estruturas constitucionais, na legitimidade democrática[17]. Todavia, na medida em que os actos de organização influam sobre a posição jurídica de terceiros, isto é, deixem de ter apenas um âmbito interno e repercutam os seus efeitos externamente, eles carecem de fundamento legal. Nesta perspectiva se entende o reforço das garantias no *procedimento administrativo,* destinado não a substituir a protecção jurídica geral, mas a dar mais transparência à vinculação jurídica da administração, através das leis reguladoras do procedimento administrativo e dos princípios jurídicos fundamentais do processo (cfr. artigo 267.74)[18].

c) *Reserva de lei e administração por objectivos*

Constitui um tema de primacial importância nas relações da lei com a administração. Trata-se daquilo a que já se chamou *lei como tarefa de administração* [l9]. A lei deixa de ter, em primeira linha, uma função de ordem ou delimitação, para determinar principalmente medidas de conformação social e de

[15] Cfr. GOTZ, *Recht der Wirtschaftssubvention,* 1966, p. 299. Entre nós cfr. TEIXEIRA RIBEIRO, *Evolução do direito financeiro em Portugal* (1974-1984), Coimbra, 1985, p. 5; COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regumentos administrativos,* cit, p. 165.

[16] Cfr., por exemplo, STARCK, *Gesetzesbegriff des Grundgesetzes,* Baden--Baden, 1970, p. 286. Entre nós, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos administrativos,* cit., p. 163.

[17] BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung,* Berlin, 1974, p. 90 e 92; RUPP, *Grundfragen,* cit., p 75, 93 ss.

[18] Cfr. OSSENBUHL, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz,* Bad Hamburg, Berlin, Ziirich, 1968, p. 34, 102 ss.

[19] Cfr. SCHEUNER, «Das Gesetz ais Auftrag der Verwaltung», *DÔV,* 22, 1969, p. 585.

direcção económica. A lei significa nao tanto autorização ou limite da administração, mas sim um instrumento que impõe à administração a transformação em acto de directivas jurídicas e políticas. Através desta «táctica de imposição» ou de direcção por objectivos *(Auftragsstaktik, management by objectives)* a lei, ao mesmo tempo que impõe a realização de uma tarefa, deixa à administração a combinação dos meios e fins (administração como «regulador») necessária ao cumprimento das directivas que lhe são traçadas. Dado que se reconhece, nestes casos, à administração, um papel criativo de modo a adaptar-se a evoluções inesperadas, impõe-se, como corolário do Estado de direito, o reforço, relativamente a esta administração, do controlo político e jurídico. Trata-se, portanto, de conciliar o princípio da legalidade da administração com o *princípio da oportunidade* ou *optimidade,* de forma a administração poder assegurar com eficiência a realização do bem comum sem comprometer as garantias do Estado de direito[20]. Estas garantias ficariam comprometidas se as tarefas atribuídas à administração se transformassem em «cheque em branco» a uma burocracia ou tecnocracia sem transparência democrática (cfr. artigo 267.71/2).

d) *Vinculação à lei e poder discricionário da administração*

O reconhecimento de um certo poder discricionário da administração não é incompatível com o Estado de direito[21]. Com ele pretende o legislador que a administração disponha de um espaço de actuação possibilitador de escolhas e decisões responsáveis. Tudo está em saber de que poder discricionário se trata.

1 — *Discricionariedade de escolha e decisão, mas não discricionariedade quanto a pressupostos de facto.*

Recolhendo uma terminologia agora corrente na doutrina[22], às autoridades administrativas reconhece-se um poder discricionário de decisão *(Entschei-dungsermessen)* e um poder discricionário de escolha *(Auswahlermessen).* Significa isto que a administração pode, numa questão, atribuir certos efeitos jurídicos, legalmente previstos mas não prescritos (exemplo: saber ou decidir, nos termos da lei, se uma manifestação perturba o trânsito) ou escolher, dentro de várias medidas legítimas, qual a que lhe parece mais adequada. É um poder discricionário que diz respeito aos *resultados jurídicos* de uma norma. Todavia, já quanto à fixação dos pressupostos de facto *(Tatbestandseit)* e não simples *(Rechtsfolgeseite)* é inadmissível um poder discricionário da administração.

[20] Entre nós, cfr., por último, Rogério Soares, «A propósito de um projecto legislativo: o chamado Código de Processo Administrativo Gracioso», in *RLJ,* n.° 116 (1983/84), p. 41 ss.

[21] Cfr. Scheuner, *Die neue Entwicklung,* cit.,"p. 290. Vejam-se, porém, as objecções de M. Imboden, *Das Gesetz ais Garantie rechsstaatliche Verwaltung,* 1954, p. 14; Sérvulo Correia, *Legalidade,* cit., p. 36 ss e p. 479 ss.; Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 283.

[22] Cfr., por todos, Wolff-Bachof, *Verwaltungsrecht,* I, § 31, II, 1.

2 — *Proibição de excesso e de abuso do poder discricionário.*
Um acto administrativo, a recusa de um acto, um silêncio das entidades públicas podem ultrapassar os limites legais do exercício do poder discricionário *(excesso de poder).* Por outro lado, o exercício do poder pode não se destinar aos fins visados pela lei *(desvio do poder discricionário* ou *utilização viciada).* Num caso e noutro, o Estado de direito impõe a sua proibição e a possibilidade de controlo dos vícios do poder discricionário. Caso contrário, o exercício deste poder transformar-se-ia com facilidade no «cavalo de Tróia do direito administrativo do Estado de direito»[23].
3 — *Proibição do excesso (Úbermassverbot).*
Ainda no plano constitucional resultam vinculações quanto ao exercício do poder discricionário com base no *princípio da proibição do excesso. O princípio da exigibilidade* (na configuração que lhe demos ao abordarmos o princípio do Estado de direito) terá aqui especial relevo quando se estiver perante o poder discricionário de escolha; o *princípio da proporcionalidade* revelar-se-á importante no caso de poder discricionário referente a atribuição de efeitos jurídicos a pressupostos de facto legalmente determinados (exemplo: fechar uma universidade por motivos de distúrbios ocasionais)[24].
4 — *Proibição de autorização em branco.*
O princípio do Estado de direito não tolera a autorização legal de ingerências administrativas sobre os cidadãos, sem delimitação do conteúdo, objecto, fim e medida do acto administrativo. Esta proibição de autorização em branco resultará também dos preceitos constitucionais quanto à limitação dos direitos fundamentais. Os limites são particularmente relevantes em relação ao *princípio da igualdade.*
5 — *Princípio da igualdade e autovinculação.*
A tendência habitual da administração para, a coberto do poder discricionário, violar, mais ou menos subtilmente, a exigência material da igualdade, conduz a que se considere o princípio de igualdade como «irredutível inimigo da discricionariedade». Isto é, por vezes, esquecido, quando se considera o princípio da igualdade como igualdade perante a lei e se esquece, afinal, a sua força vinculativa perante a administração. A igualdade imposta pelo princípio do Estado de direito, constitucionalmente consagrada, é a *igualdade perante todos os actos do poder público.* É neste contexto que se fala hoje do *princípio da autovinculação da administração.* Mesmo nos espaços de exercício discricionário *(Ermessensrichtlinie),* o princípio da igualdade constitucional impõe que, se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de facto, o mesmo comportamento deverá adoptar em casos futuros semelhantes. O «comportamento interno» transforma-se, por

[23] Cfr. HUBER, Fest. fiir GIACOMETTI, 1953, p. 66, e, entre nós, de forma exaustiva, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* cit., p. 479 ss.
[24] Cfr., por último, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* cit., p. 116.

força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjectivos dos cidadãos. A «praxe» administrativa ou o «uso administrativo» serão aqui elementos importantes para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade. Com razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como «norma de comutação» *(Umschaltnorm),* isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados[25].

e) *Reserva de lei e reenvios legais*

As remissões da lei para outros instrumentos legais, regulamentares ou até meramente administrativos, suscita problemas de conformidade constitucional com os princípios democrático e de Estado de direito. Quando o acto da remissão tem a mesma hierarquia e emana da mesma entidade, a *remissão dinâmica* não levanta problemas de maior. Ela já levanta problemas constitucionais quando, por exemplo, uma lei remete para regulamentos ou preceitos administrativos. Neste caso, a administração pode arrogar-se a um *poder paraconstitucional e apócrifo,* convertendo-se o destinatário da remissão em sujeito da remissão. Perante o perigo desta inversão de competências, com violação do princípio democrático e do princípio do Estado de direito, há que salientar: (1) uma remissão não pode ser feita em condições mais benévolas do que aquelas que vigoram para as próprias autorizações legislativas (cfr. artigo 168.°/2); (2) a remissão não pode permitir a definição das relações entre o Estado e os cidadãos através de preceitos administrativos transformando estes em fontes de normação primária (cfr. artigo 168.72); (3) a remissão para preceitos administrativos só pode ter efeitos meramente internos[26].

f) *Reserva de lei e competência regulamentar*

Os regulamentos exprimem o exercício de uma competência normativa da administração. Uma pura transferência da competência normativa genérica

[25] Sobre o princípio da igualdade como elemento constitutivo do Estado de direito, cfr. Scheuner, *Die neue Entwicklung,* cit., p. 212; Hesse, *Grundziige,* cit., p. 83. O processo de transformação de relações internas em relações externas pode ver-se sobretudo em N. Achterberg, «Zur Transformation ais Voraussetzung fiir die Beziehungsgeltung von Rechsnormen», in *Rth,* 1978, p. 407. Sobre o princípio da autovinculação da administração cfr., por exemplo, Wallerath, *Die Selbstbindung der Verwaltung,* 1968; Ossenbuhl, *Verwaltungsvorschriften,* cit., p. 54. É claro, porém, que o cidadão não pode exigir da administração a continuação de uma praxe manifestamente ilegal. Cfr., entre nós, Mário Esteves de Oliveira, *Direito administrativo,* p. 262, 323 ss., e por último, Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade,* Coimbra, 1990, p. 438; Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos administrativos,* cit., p. 179 ss.; Vieira de Andrade, *O dever de Fundamentação,* cit., p. 119 ss.

[26] Sobre a remissão cfr. Karpen, *Die Verweisung ais Mittel der Gesetz-gebungstechnik,* p. 70; W. R. Schenke, «Die verfassunsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen», *NJW,* 1980, p. 743.

(mesmo *infra legem)* para o executivo contrasta com o princípio democrático e com o princípio Estado de direito. É isso que explica o facto de, na actualidade, não se conceberem *regulamentos independentes* que, pelo menos, não tenham fundamento legal no que respeita à matéria a regular (artigo 115.°/7)[27]. A doutrina oscila, porém, quanto à conformidade constitucional com o princípio democrático dos chamados *regulamentos de substituição de leis (gesetz-vertretende Rechtsverordnungerí)* e dos chamados *regulamentos de alteração das leis (gesetzändernde Rechtsverordnungerí),* Não obstante as dificuldades práticas que muitas vezes se suscitam na distinção entre este tipo de regulamentos e os de simples execução das leis, deve entender-se que, em face da Constituição Portuguesa (artigo 202.°/c), são inconstitucionais quer os regulamentos de alteração quer os de substituição de leis (cfr. artigo 115.75). Em relação a ambos, julgamos líquida a questão (cfr. *infra)*[2í].

Os cuidados a ter na delimitação da competência regulamentar não dizem respeito apenas aos regulamentos propriamente ditos; eles estendem-se aos chamados preceitos ou «comandos administrativos» *(Verwaltungs-vorschriften),* ou seja, a toda a série de preceitos emanados das autoridades administrativas superiores destinados a definir, com mais precisão, os actos e a organização da administração. Quer sejam preceitos organizatórios ou preceitos interpretativos, quer linhas de direcção discricionária ou instruções, eles não vinculam os cidadãos nem os tribunais, e se tiverem efeitos externos (e a oposição entre efeitos internos e externos é hoje cada vez mais ténue) podem ser controlados juridicamente e servir para fundamentação de recursos. Neste ponto, muitas das chamadas prescrições administrativas (regulamentação de conselhos escolares ou departamentos, definição de critérios de selecção) não têm apenas um conteúdo interno instrumental; são verdadeiros actos administrativos genéricos ou até regulamentos especiais, devendo sujeitar-se ao controlo jurídico normal (cfr. artigo 268.°/3).

g) *Delimitação da competência regulamentar autónoma*

O problema da autonomia e, consequentemente , da competência regulamentar autónoma, é um problema com relevância política e com dimensão constitucional[29]. Os regulamentos autónomos, ou seja, os regulamentos que pessoas jurídicas de direito público (municípios, universidades, ordens profissionais) emitem no âmbito da autonomia, constitucional e legalmente reconhecida (cfr. por exemplo, artigo 76.72 e 242.°), levantam também problemas relacionados com o princípio da legalidade. Em primeiro lugar, a autonomia regulamentar não existe fora da ordem constitucional, considerando-se incor-

[27] É inaceitável que a expressão «leis» utilizada no artigo 115.77 da CRP possa ser entendida num sentido amplo de modo a compreender as leis constitucionais. Neste sentido, porém, cfr. por último, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* cit., p. 210 ss.

[28] Cfr. MÁRIO ESTEVES, *Direito Administrativo,* p. 112 ss; AFONSO QUEIRO, *Lições,* p. 421.

[29] Cfr., designadamente, A. HAMANN, *Autonome Satzungen und Verfassungs-recht,* 1958, p. 65 ss. Entre nós, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* cit., p. 260; JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 280 ss.

recta a ideia de que entre poder de normação estadual e poder de normação autónoma há uma relação de concorrência. Todavia, na medida em que os regulamentos autónomos são justificados pela ideia de *autonomia,* que outra coisa não é senão uma expressão do *princípio de auto-administração,* eles podem abarcar todos os assuntos específicos da sua competência. Exceptuam--se, porém, dois casos especialmente importantes: (1) os regulamentos autónomos não podem, sem especial autorização legal, interferir nos direitos fundamentais dos cidadãos[30], ou regular relações jurídicas que ultrapassem a simples dimensão territorial ou grupai (assim uma ordem profissional não pode substituir-se à lei na definição dos pressupostos de licenciatura, anos de formação, processo de reconhecimento de especialidades); (2) os regulamentos autónomos (e isto é importante para os regulamentos municipais) estão sujeitos a *reserva de lei* quando agirem como instâncias de execução do âmbito estadual (há, assim, que delimitar, rigorosamente, o *dualismo de tarefas).*

ti) Reserva de lei quanto a relações especiais de poder

Deverá exigir-se um inequívoco fundamento constitucional-legal, sempre que se trate de limitação dos direitos fundamentais (exemplo: a restrição do segredo de correspondência dos presos, a limitação do direito de reunião de militares). Mas, para além disso, nas instituições em que se imponha uma vinculação mais profunda dos cidadãos, esta vinculação deve ser definida, nos seus aspectos essenciais, por lei *(Wesentlichkeitstheorie).* Assim, por exemplo, as relações nas escolas (os processos disciplinares, a selecção de docentes, a expulsão de alunos, a semana de cinco dias), são pontos que, nos aspectos essenciais, devem ser definidos por lei[10].

i) *Reserva de lei e regras técnicas*

É um problema cuja discussão está apenas no início. Se atendermos às profundas consequências que uma moderna tecnologia pode trazer para os cidadãos (exemplo: energia nuclear, manipulações genéticas) é evidente estarmos perante problemas que, nos seus aspectos políticos fundamentais, terão de ser objecto de lei. As observações anteriores indiciam a insustentabilidade de uma absoluta separação entre administração coactiva e administração de prestações, quer quanto aos fins e tarefas, quer quanto ao *instrumentarium* conceituai.

4. Reserva absoluta e reserva relativa

Atrás distinguiu-se entre reserva absoluta e reserva relativa para separar os casos de necessária e inderrogável regulação de certas

[30] Cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.° 74/84, DR, I, 11/9/84, 248/86, DR, 15/9/89, e, no plano doutrinal, VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei,* p. 32 ss.; ROGÉRIO SOARES, «Princípio da legalidade e administração constitutiva», cit., p. 185; COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos,* cit., p. 111 ss.

matérias por lei formal do parlamento (CRP, artigo 167.°) e os casos em que certas matérias, de competência reservada da Assembleia da República, podem ser reguladas por decreto-lei (autorizado) do governo (CRP, artigo 168.°).

Deve, porém, referir-se um outro sentido atribuído à distinção entre *reserva absoluta* e *reserva relativa.* Existirá uma *reserva absoluta* quando a Constituição exige que determinadas matérias sejam disciplinadas na sua totalidade pela lei; haverá *reserva relativa* quando a lei se limita a definir o «regime jurídico geral» (cfr. artigo 168.%?, *e, h, p),* consentindo o seu desenvolvimento quer através de decreto-lei, quer através de actos regulamentares. Rigorosamente, todas as reservas são «relativas» porque deixam aos órgãos concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção. Todavia, há uma grande diferença entre uma reserva de lei limitada a uma *«reserva de bases»* (cfr., art. 167.7/, 168.7/, *g, n, d, x)* ou até uma reserva de lei reconduzível a uma *reserva de regime geral* (CRP, arts. 168.*°ld, e, h, p)* e uma reserva de lei de um *regime jurídico global,* como é o caso, por exemplo, da disciplina jurídica das eleições para os titulares de órgãos de soberania. Nesta última hipótese a reserva será «absoluta» no sentido de a extensão da competência materialmente reservada à lei implicar a restrição radical da intervenção normativa de outras entidades (ex. do «legislador-governo», de «governo-regulamentador»)[31].

IV — Limites da reserva de lei

A mais recente literatura juspublicística aponta para a necessidade de se definirem com rigor os limites constitucionais da *reserva de lei* [31a]. Os problemas levantados são fundamentalmente dois: (1) saber se à reserva de lei se contrapõe uma *reserva de administração (Verwaltungsvorbehalt),* constitucionalmente garantida; (2) saber se existe uma *reserva de governo* como *«pendant»* à reserva de lei.

[31] Cfr., por ex., Balduzzi / Sorrentino, «Riserva di legge», *Ene. Dir.,* XL, p. 1207 ss. Cfr. *infra,* reserva de lei orgânica e de leis de bases.

[31a] Entre nós cfr. M. Rebelo de Sousa, "10 questões sobre a Constituição, o Orçamento e o Plano", in J. Miranda, *Nos dez anos da Constituição,* p. 113 ss-' Nuno Piçarra, "Reserva de Administração", in *O Direito,* 122 (1991), p. ss.

1. Reserva de administração
Por *reserva de administração* entende-se um núcleo funcional da administração «resistente» à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento. Todavia, perante a multiforme e heterogénea actividade da administração ainda não foi possível, até hoje, caracterizar com precisão o conteúdo específico da reserva de administração. Os autores preferem falar em «reservas de administração» caracterizadas como reservas residuais (Ossenbuhl), o que exclui, desde logo, a existência de um núcleo material firme semelhante e contraposto à reserva de lei. Neste sentido, e só neste sentido, se poderá pôr o problema de saber até onde o legislador pode e deve regular e onde começam as «reservas da administração». As principais «reservas de administração» podem sintetizar-se assim:
— reserva de administração autónoma
— reserva de execução
— reserva de poder de organização
— reserva de normação do poder executivo
a) *Reserva de administração autónoma*
A constituição recorta certas «reservas» que não podem ser aniquiladas pela reserva de lei. Assim, por exemplo, a garantia do direito à contratação colectiva (CRP, art. 56.°) implica necessariamente que a lei não pode densificar o espaço normativo essencial das convenções colectivas. Do mesmo modo, a «reserva de autonomia local» (CRP, art. 242.°) torna indispensável a subtracção à lei de alguns aspectos relacionados com os interesses próprios das populações respectivas e que devem assim converter-se em «reserva de regulamentos locais» (cfr. Acs. TC 452/87 e 307/88). No mesmo sentido, a «reserva de autonomia estatutária» às Universidades (CRP, art. *16° 12)* significa que a lei não pode arrogar-se a invadir o campo próprio e indeclinável da autonomia normativa das universidades. Sendo estas «reservas» garantidas pela Constituição, compreende-se que elas devam obediência ao princípio da legalidade (preferência da lei) mas à lei está vedado aniquilar os espaços normativos específicos das unidades autónomas.
b) *Reserva de execução das leis*
Um ponto que suscita graves dificuldades é o de saber se o executivo dispõe ou não do poder autónomo de execução das leis. A re-

serva de execução das leis é sempre uma reserva segundo a *medida das leis* e segundo a *medida da densidade de regulação* das mesmas leis. O executivo não poderá impor ao legislador uma contenção quanto ao desenvolvimento e densidade de regulação das leis. Os limites constitucionais ao legislador resultarão aqui mais de princípios materiais (ex.: proibição de leis individuais, defesa de direitos fundamentais, proibição do abuso de forma jurídica) do que de uma pretensa reserva de administração. De qualquer forma, sempre lhe fica uma «competência residual» dotada de consideráveis espaços nas tarefas de interpretação e conformação dos preceitos legais (CRP, art. 202.7c). Nesta tarefa conformadora a administração reservará para si os *actos concretos* de execução dos regimes fixados por lei (cfr. Acs TC 461/87 e 275/84).

c) *Reserva do poder de organização*

A Constituição individualiza *expressis verbis* uma «reserva de poder de organização» — a chamada «reserva de decreto-lei» (CRP, art. 201.72) — relativa à organização e funcionamento do Governo. Para além desta reserva, que no direito português se reconduz a uma «reserva de lei», a administração não dispõe de um poder originário de organização (cfr. Acs. TC 461/87 e 189/89).

d) *Reserva de regulamentos autónomos*

Mais adiante — ao tratarmos dos regulamentos — completar-se--á a ideia do problema dos regulamentos autónomos. Na sua dimensão fundamental, este problema reconduz-se à questão de saber se o executivo tem constitucionalmente garantido um *poder originário de regulamentação* que lhe permite emanar normas jurídicas com efeitos externos — regulamentos jurídicos — sem necessidade da autorização de qualquer lei formal prévia ou anterior. A existência de um poder de regulamentação originário directamente fundado na constituição — mesmo a admitir-se — não significa a existência de um domínio material reservado aos regulamentos. Trata-se ainda de uma competência residual dependente da própria intervenção legal[32].

[32] Sobre os problemas da reserva da administração cfr. OSSENBUHL, «Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen», in VOLKMAR / GÖTZ / KLEIN / STARCK, *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle,* 1985, p. 36 ss; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale,* vol. II, 5.ª ed., Padova, 1984, p. 19 ss. Entre nós, NUNO PIÇARRA, "Reserva de Administração", cit., p. 1 ss.

2. A «reserva de Governo»

A «reserva de Governo» ou de «executivo» caracterizar-se-ia pela existência de um núcleo essencial de matérias de exclusiva responsabilidade do Governo, imune às intervenções da lei. Independentemente da caracterização material de governo (cfr. *supra,* Cap. 12, III, 1) e da existência de «actos de governo» directamente executivos da Constituição (cfr. CRP, art. 200.°), é questionável que se possa falar de uma «reserva de governo» contraposta à «reserva de lei». O que existe é, sim, um complexo de «actos funcionalmente políticos» cuja competência é atribuída directamente pela constituição ao Governo (cfr., por ex., art. 108.°, consagrador de uma reserva política do Governo em relação às propostas do Orçamento e de alteração do Orçamento). Nesta medida, as "reservas de actos de governo» garantidas pela Constituição constituem limites à «reserva de lei».

3. Reservas constitucionais de administração

As anteriores considerações devem articular-se com o regime constitucional positivo. Neste plano existem alguns preceitos da constituição consagradores de "reservas especiais de administração", como, por exemplo, os arts. 202.7a, *b,dee 229.°/d.*

CAPITULO 16

PADRÃO V — ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

1.° — A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE DE DIREITO

Sumário

Indicações bibliográficas

AMATO, G. — *Rapportifra norme primarie e norma secondarie,* Milano, 1982.

BARILE, P. — *La Costituzione come norme giuridica,* Firenze, 1951.

CRISAFULLI, V. — «Gerarchia e competenze nel sistema costituzionale delle fonti», *RTDP,*
1960, p. 755. ENTERRIA, G. E. — *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, 2."* ed.,
Madrid, 1982.

HART, N. — *O conceito de direito,* Lisboa, 1986. KELSEN, H. — *Teoria Pura do Direito,* Coimbra, Vol. II, 1963, p. 65. — *Allgemeine Theorie der Normen,* Trad. it., 1985. KIRCHHOF, P. — «Rechtsquellen und Grundgesetz», in *Fest. aus Anlass des 25 jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts,* Vol. II, 1976, p. 51. MODUGNO, F. — *Ulnvalidità delia Legge,* I, Milano, 1970. NEVES, A. C. — *Fontes de Direito,* Coimbra, 1985. Ross, A. — *Diritto e giustizia,* 1975.

A I *OS MOMENTOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO COMO NORMA SOBRE A PRODUÇÃO JURÍDICA*

I — A compreensão da constituição como norma sobre a produção normativa

1. Sentido básico

A constituição, como fonte positiva de direito, dá validade e fundamento às normas hierarquicamente inferiores (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 1.°). Interessa, porém, precisar melhor o papel da constituição como fundamento das *estruturas normativas.* Isto relaciona-se com a própria explicação da ideia de constituição como *norma primária sobre a produção jurídica.* O sentido que aqui se dá à constituição situa-se muito próximo da noção de *constituição material* de Kelsen ' e do conceito de *constituição substancial* de Lavagna[2]. Queremos com isto dizer que a constituição vai entendida no *sentido de uma norma positiva* ou *conjunto de normas positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas.* Nesta acepção, a constituição é uma *norma primária*[3] sob um duplo ponto de vista: sob o *ponto de vista genético-funcional,* porque regula os processos através dos quais as normas do sistema jurídico podem ser criadas e modificadas; sob um ponto de *vista hierárquico,* porque a constituição se

[1] Cfr. Kelsen, *Teoria Pura do Direito,* Coimbra, 1963, Vol. II, p. 65, e agora, *Allgemeine Theorie der Normen* (trad. it.), 1985, p. 435.

[2] Cfr. Lavagna, *Istituzioni,* cit., p. 199.

[3] Cfr., por último, sobre o problema das *normas primárias e secundárias,* N. Bobbio, «Réfléxions sur les normas primaires et secondaires», in *La Règle de Droit,* estudos publicados por C. H. Perelman, Bruxelas, 1971, p. 104 ss. Cfr. também N. Hart, *O conceito de direito,* Lisboa, 1986, p. 111; A. Ross, *Diritto e Giustizia,* 1965, p. 72; Guastini, *Lezioni sul Linguaggio Giuridico,* Torino, 1985, p. 25 ss.

situa no topo da pirâmide normativa. A superioridade hierárquica da constituição relativamente às outras normas implica uma *relação axiológica* entre a constituição e esses normas, precisamente porque a sua primariedade postula uma maior força normativa[4].

2. A constituição como norma de modificação de si própria

Outro momento essencial da constituição como norma de produção jurídica relaciona-se com a criação de leis com valor constitucional *{*—> leis constitucionais) modificativas das próprias normas constitucionais. Embora isso não venha explicitado no artigo 115.°, a CRP é uma norma sobre as fontes normativas ao prever a sua própria *revisão* através de leis constitucionais sujeitas a um procedimento específico de formação (cfr. *infra,* Padrão VIII, e *supra,* Parte **I,** Cap. 4).

3. A constituição como norma sobre o procedimento legislativo

A relevância da constituição como fonte de produção normativa resulta também do facto de em relação a alguns actos legislativos serem as próprias normas constitucionais a regularem momentos fundamentais do procedimento de formação desses actos. É o que acontece, desde logo, com as leis constitucionais de revisão (artigos 287.° e ss), com as leis estatutárias das Regiões Autónomas (artigo 228.°) e com as leis da Assembleia da República (artigos 170.° e ss).

B) *INSUFICIÊNCIA DE UMA PERSPECTIVA MERAMENTE NORMATIVÍSTICA*

I — Os actos de direcção política

Poderia deduzir-se das considerações precedentes ser a perspectiva adoptada neste capítulo uma perspectiva normativista pura, o

[4] Cfr., MODUGNO, *Ulnvalidità delia Legge,* Milano, 1970; RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente dei Derecho», in A. V., *La Constitución espanola y los fuentes dei Derecho,* vol. I, Madrid, 1979, p. 53 ss.

que estaria em manifesta contradição com a ideia central de constituição concebida como o *estatuto jurídico do político*[5]. Convém, por isso, fazer algumas observações. A primeira é a de que ao considerar-se a constituição como norma sobre a produção jurídica se acentua apenas o facto indiscutível de a constituição desempenhar um papel primário e condicionante em relação a todo o ordenamento jurídico. A segunda observação pretende acentuar a ideia de que, também para nós, o sangue da constituição e a palpitação política correm ou podem correr por outros vasos, não reconduzíveis, propriamente, a fórmulas normativas. Estamos a referir-nos aos *actos de direcção política (indirizzo político, Richtlinien, direction of policy).* Em qualquer Estado é necessária uma actividade específica que determine, dirija, impulsione, harmonize e coordene as diversas funções políticas, atribuídas a múltiplos órgãos estaduais. Será, pois, ineliminável, um «momento de impulso unitário e de coordenação»[6], momento esse logicamente anterior à própria legislação (momento pré-normativo). Independentemente da questão de se saber se a *função de direcção política* se reconduz a uma função autónoma do Estado — *o quarto poder*[7]— e se as linhas de direcção política têm *carácter normativo* ou são entidades meramente *existenciais*[8] (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão III) não há

[5] Referindo-se à concepção kelseniana de constituição material, escreve criticamente Crisafulli, *Lezioni,* cit. Vol. I, p. 98: «Mesmo nos ordenamentos mais evoluídos, onde existe uma estreita conexão entre autoridade e poder normativo, o Estado afirma-se *in primis* como um concreto «governare», e no governar reentra o «indirizzo político»...; «A própria legislação pressupõe que tais escolhas (escolha dos fins a prosseguir), sejam efectuadas numa fase logicamente anterior (pré-normativa)...».

[6] Cfr. Um esforço dogmático no sentido da incorporação das directivas, como *«frammenti di norme»,* no estudo do direito constitucional, ver-se-á em A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale,* 4.ª ed., 1984, p. 571 ss; Mortati, *Istituzioni,* Vol. I, p. 294.

[7] Considerando a função de *indirizzo político* como uma função autónoma, distinta da função executiva, cfr. Mortati, *Istituzioni,* Vol. I, Milão, p. 220, que reconhece uma função autónoma de *indirizzo,* mas não um poder autónomo especial.

[8] Na doutrina germânica o carácter normativo das *Richtlinien* é afirmado por Maunz, *Staatsrecht,* cit., p. 336 (não muito explícito); Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz, 2."* ed., Vol. II, 1966, p. 1257. Na juspublicística italiana, o carácter normativo das linhas de direcção é acentuado, por exemplo, por Mortati, *Istituzioni,* cit., p. 294; Galizia, *Studio sui rapporti,* cit., p. 186; Cheli, *Atto Político e Funzione d'Indirizzo Político,* Milão, 1961, p. 200. Lavagna considera a função *d'indirizzo político* como entidade existencial, mero «resultado» da actividade governativa, valorável *ex post* e não como um programa vinculante. Cfr. Lavagna, *Istituzioni,* cit., p. 709.

dúvida que importantes actividades de direcção de política geral do Estado, umas concretizadas em actos formais (moções, ordens-do-dia, comunicações políticas, programas, deliberações, instruções) outras incorporadas em leis, e outras ainda traduzidas em directivas orais[9], constituem *actos propulsivos* do regime político e traduzem, de forma imediata e autónoma, o *início da actuação* das imposições constitucionais [10].

Uma rápida incursão pelo nosso texto constitucional possibilitar--nos-á a exemplificação do que acabamos de afirmar. Relativamente ao Governo, órgão direccional por excelência'[1], dispõe a Constituição que ele é o «órgão da condução da política geral» (artigo 185.71), competindo ao Primeiro-Ministro «dirigir a política geral do Governo» (artigo 204.°), definida nas suas linhas gerais pelo Conselho de Ministros (artigo *203/a).* Além disso, o Governo, antes de começar o exercício de funções, apresentará um *programa* donde constem as principais «medidas políticas e legislativas», estando os membros do Governo «vinculados ao programa» (artigo 192.°). O Governo pode solicitar à Assembleia da República um voto de confiança sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional (artigo 196.°). Programa, linhas gerais, moções, declarações, são *actos de direcção política* não subsumíveis aos cânones normativos (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão III).

[9] Os autores não deixam, porém, de assinalar os perigos das directivas orais e implícitas (as que resultam indirectamente de comportamentos ou actos). Cfr. Galizia, *Studio,* cit., p. 194.

[10] Neste sentido, a função de direcção política considera-se como uma função de execução imediata da própria Constituição. É esta perspectiva que também transparece claramente em Afonso QueirÓ, «'Actos de Governo' e Contencioso da Anulação», in *BFDC,* 1970, p. 17, que fala dos actos políticos do Executivo como «constituição em acto».

[11] Claro que a actividade política não pertence apenas ao Governo *stricto sensu.* O Presidente da República (artigo 136.° ss), ao dirigir mensagens, ao pronunciar-se sobre emergências graves, ao declarar o estado-de-sítio, ao declarar a guerra, está a exercer uma actividade de direcção política; a Assembleia da Republica, desde as moções de censura e confiança, as interpelações (cfr., por exemplo, artigo 183.° relativo aos poderes dos grupos parlamentares) até aos inquéritos (artigo ^83.°, alínea *e),* exerce funções de *indirizzo;* e até os tribunais, sobretudo com a faculdade que lhes é conferida pela Constituição de recusarem a aplicação de normas inconstitucionais (artigo 280.°), são considerados por alguns autores como participantes na função de direcção política.

II — Os grupos normativos

Não é apenas a realidade dos *actos políticos,* directamente executivos da constituição, a razão justificativa do repúdio de uma perspectiva meramente hierárquico-normativista no estudo das estruturas normativas. O critério da hierarquia normativa é insuficiente para captar toda a dinâmica da constituição como um *conjunto normativo significante* (conjunto de normas com um certo sentido) onde se inserem vários *grupos normativos*[12]. Os grupos normativos são aqui concebidos como um conjunto de normas hierarquicamente articuladas que confluem para a regulamentação típica de um caso abstracto. Partindo do critério normativista de dedução da validade lógica com base exclusiva na hierarquia normativa, vêem-se isoladamente os vários escalões normativos nas suas relações com o caso carecido de regulamentação, sem se dar atenção ao *concurso operativo* das várias normas (do mesmo ou de diferente escalão hierárquico). Mas além de não tomar em atenção este concurso, a mera consideração isolada de validade das normas pode levar o aplicador do direito a privilegiar a legislação ordinária, relegando a constituição para a função platonicamente relevante de norma sobre a produção jurídica. Este era e é o processo de esvaziar de sentido as normas constitucionais como direito directamente aplicável, actual e vincu-lante (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2.°). Exemplos concretos da importância da consideração da constituição como um conjunto normativo significante iremos encontrá-los quando tratarmos do problema da *ilegalidade de actos legislativos,* por violação de normas reforçadas, e do problema de legislação concorrente sobretudo no âmbito dos poderes normativos regionais.

[12] Para uma noção de grupos normativos cfr. VILLAR PALASÍ, *La Interpretación y los Apotegmas Juridico-Logicos,* Madrid, 1975, p. 56; *Apuntes de Derecho Administrativo,* Vol. I, Madrid, 1974, p. 357.

CAPÍTULO 17

PADRÃO V — ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

2.° — A LEI

Sumário

Indicações bibliográficas

AeB

Os autores citados nos Caps. 15 e 16 e ainda:

ANABITARTE, A. G. — *Ley e regiamente) en el derecho publico occidental,* Madrid, 1971.

BARBERA — *Leggi di piano e sistema dellefonli,* Milano, 1968.

BÖCKENFÖRDE, E. W. — *Oesetz und gesetzgebende Gewalt,* Berlin, 2.ªed., 1981.

CERVATI, M. —*La delega legislativa,* Milano, 1972.

CUOCOLO, F. — *Le leggi cornice nei rapportifra Stato e Regioni,* Milano, 1967.

DIEZ-PICAZO — «Concepto de Ley y Tipos de Leyes», in *REDC,* 24 (1988).

FASSO, G. — «Legge. Teoria Generale», in *Ene. Dir.,* vol. **XXIII.**
Fois, S. — *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali,* Milano, 1963.
GASPARRI, P. — *Legge costituzionale,* Padova, 1982.
JESCH, D. — *Gesetz und Verwaltung,* Tiibingen, 1958. Existe trad. esp., Madrid, 1978.
MIRANDA, J. — *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 161 ss.
MORALES, A. G. — *El lugar de la ley en la Constitución espanola,* Madrid, 1980.
NEVES, A. C. — *Fontes de Direito,* Coimbra, 1985.
ROYO, J. P. — *Lasfuentes dei Derecho,* Madrid, 1984.
PIZORRUSSO, A. — «Fonti dei Diritto», in *Comentário dei Códice Civile,* Bologna, 1977.
SOARES, ROGÉRIO — «Sentido e Limites da FunçiSo Legislativa no Estado Contemporâneo»
in JORGE MIRANDA (org.), *A Feitura das leis,* vol. I, p. 429. STARCK, P. — *Der Gesetzbegriff des Grundgesetzes,* Baden-Baden, 1970. VAZ, M. A. — "O conceito de lei na Constituição Portuguesa", in *Direito e Justiça,* **1987-**
-88, p. 179 ss.

A I *HISTÓRIA , MEMÓRIA E TEORIAS* I — A lei na teoria do Estado

1. A memória da lei na teoria do Estado e do Direito'.

A análise da estrutura normativa é um tema central do direito constitucional que deve ser teoricamente escalpelizada a partir da constituição concreta de um determinado país. E é lógico que a análise comece pelo estudo da *lei,* o elemento mais importante no âmbito da estrutura normativa. Antes, porém, de iniciarmos o estudo da lei em face da constituição, impõem-se algumas considerações preliminares sobre o conceito de lei na *teoria do Estado e do Direito.*

a) Desde o período pré-socrático até Aristóteles, passando por Sócrates, os estóicos e Platão, que o conceito de lei é praticamente inseparável da sua dimensão material; leis verdadeiras são as leis boas e justas, dadas no sentido do bem comum. A lei só pode ser determinada em relação ao justo (igual), dirá Aristóteles na *Ética a Nicómaco;* a «soberania da lei equivale à soberania de deus e da razão», «é a inteligência sem paixões», escreverá ainda o mesmo autor em *A Política.* A lei é a «suprema *ratio,* ínsita na natureza», opinará Cícero. A «lei é uma ordenação racional, dirigida no sentido do bem comum e tornada pública por aquele que está encarregado de zelar pela comunidade», escreverá S. Tomás. Retenhamos, pois, as duas características da lei, mais ou menos explicitamente acentuadas pela filosofia antiga e intermédia: a *dimensão material,* na medida em que lei era expressão do justo e do racional; *dimensão de universalidade,* porque a lei se dirigia ao bem comum da comunidade. «A lei ao dispor só de uma maneira geral, não pode prever todos os casos acidentais» (Aristóteles, *Política,* III, X). A natureza geral da lei ressaltava também da forma clara como a jurisprudência romana distinguia entre as leis *(leges)* e *os privilegia:* através das primeiras, o povo estabelecia uma deter-

[1] Sobre a evolução do conceito de lei cfr., em geral, C. FRIEDERICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito,* Rio de Janeiro, 1965; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt,* Berlin, 2." ed., 1981; C. STARCK, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes,* Baden-Baden, p. 109 ss; R. GRAWERT, «Gesetz», in BRUNNER / LONZE / KOSELLECK (org.), *Geschichtliche Grundbegriffe,* Vol. 2, 1975, p. 863 ss; FASSO, Legge (teoria generali), in *Ene. Dir.,* Vol. XXIII, 1073, p. 783 ss; L. M. DIEZ-PICAZO, «Concepto de Ley y Tipos de Leyes», in *REDC,* 24 (1988), p. 47 ss; A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el derecho publico occidental,* 1971, p. 251 ss. Entre nós, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos»,* cit., P- 475 ss.

minaçao geral; os segundos eram determinações individuais a favor ou contra particulares. A fórmula de Ulpiano ficou na História: *«Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur»* [2].
b) Com Hobbes surge o conceito voluntarista e positivo de lei: «a lei, propriamente dita, é a palavra daquele que, por direito, tem comando sobre os demais». Deste modo, a lei é *vontade e ordem* e vale como *comando* e não como expressão do justo e racional. Daí a fórmula: *«autorictas, non ventas facit legem»^.*
c) Com Locke surgem os contornos da lei, típica do liberalismo. A lei é o instrumento que assegura a liberdade. A lei, afirma Locke nos célebres *Two Treatises of Government,* II, VI, 57, no seu verdadeiro conceito, «não é tanto a limitação, mas sim o guia de um agente livre e inteligente, no seu próprio interesse». A lei geral e abstracta é entendida já como a protecção da liberdade e propriedade dos cidadãos ante o arbítrio do soberano. Montesquieu, que definirá as leis como as «relações necessárias que derivam da natureza das coisas», articulará a teoria da lei com a doutrina da separação dos poderes, ligando as leis gerais ao poder legislativo e as ordens e decisões individuais ao poder executivo[4].
d) A Rousseau competirá o mérito de considerar a lei como instrumento de actuação da igualdade política e daí a consideração da lei como um produto de vontade geral. A lei era geral num duplo sentido: geral, porque é a vontade comum do povo inteiro, e geral porque estatui não apenas para um caso ou homem mas para o corpo de cidadãos. A lei é, pois, geral quanto à sua origem e quanto ao seu objecto: é o produto da vontade geral e estatui abstractamente para os assuntos da comunidade[5].
e) A distinção entre *lei (Gesetz)* e *máxima* é um ponto de partida para a concepção kantiana da lei: é um princípio prático e uma proposição contendo uma determinação torna-a válida para qualquer ser racional e por isso é lei; se for válida só pela vontade do sujeito é uma simples máxima[6].

[2] Cfr. D. Volkmar, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt,* Berlin, 1963.
[3] Cfr. Friederich, *Perspectiva,* cit, p. 58 ss.
[4] A teoria da lei como teoria da liberdade burguesa, perfeitamente delineada em Locke, é posta em relevo por Macpherson, *La Teoria Política dei Individualismo Posesivo, De Hobbes a Locke,* cit., p. 169 ss.
[5] Cfr. Rousseau, *Do Contrato Social,* Livro II, Cap. IV, Portugália Editora, Lisboa, 1958: «A vontade geral, para o ser verdadeiramente, deve sê-lo no objecto, assim como na sua essência; que ela deve partir de todos para se aplicar a todos; Cap. VI: «Já disse que não havia vontade geral relativamente a um objecto particular: quando todo o povo estatui para todo o povo é a si mesmo que se considera e se, então, se forma uma relação, é entre todo o objecto, sob o ponto de vista, e todo o objecto, sob outro ponto de vista sem qualquer divisão do todo. Então a matéria sobre, a qual se estatui é geral como a vontade que estatui. É esse acto que eu chamo lei.»
[6] Também para Kant é a soberania popular que determina o âmbito da lei-A sabedoria popular «é a vontade pública da qual deriva todo o direito e que, Por t conseguinte, não deve fazer dano a ninguém»; deve, sim, corresponder à vontade *oal*

/) Hegel, ao conceber o poder legislativo como o poder de organizar o universal, considera a lei como expressão do *geral* e os actos do executivo como expressão do particular. «Quando se tem de distinguir entre aquilo que é objecto de legislação geral e aquilo que pertence ao domínio das autoridades administrativas e da regulamentação governamental, pode essa distinção geral assentar em que na primeira se encontra o que, pelo seu conteúdo, é inteiramente universal. No segundo encontram-se, ao contrário, o particular a as modalidade de execução» (Hegel, *Filosofia do Direito,* § 229)[7].

2. A caracterização material da lei

2.1. *A lei material como regra ou norma geral e abstracta* [8]

Para esta doutrina a generalidade era uma condição essencial da norma jurídica *(Rechtssatz).* Por regra geral entendia-se: 1) uma deliberação tomada, não em *concreto,* em vista de um caso particular e actual, mas em *abstracto* para regular todos os casos da mesma natureza que no presente ou no futuro possam ser abrangidos pela disposição legal; 2) uma disposição que não é tomada em face de um ou vários indivíduos determinados, mas que se destina a ser aplicada a todos os indivíduos nas condições previstas pelo texto.

2.2. *A* ***lei material como regra de direito delimitadora da esfera livre de actividade das pessoas nas suas relações recíprocas*** [9]

Estre critério, defendido por um sector significativo da juspublicistica germânica clássica (Laband, G. Jellinek), parte do *princípio que lei é toda a regra que cria direito.* Só que agora não se põe a ênfase na generalidade da lei, mas sim no facto de a lei modificar ou não a situação jurídica dos cidadãos. Todo o acto que produz efeitos na esfera da capacidade jurídica dos indivíduos, alterando o seu estatuto pessoal, os direitos patrimoniais, as suas liberdades individuais, os poderes de que disfrutam perante os órgãos ou agentes do Estado, são regras de direito, são *leis jurídicas,* são leis que criam direito

povo inteiro — em que todos deliberam sobre todos e, portanto, cada um sobre si mesmo». Todavia, como acentua Cerroni, *La libertad de los modernos,* cit., p. 187, na doutrina kantiana não se trata de derivar a lei da vontade de todos os cidadãos, mas de construir a lei «como se» *{ais ob)* devesse derivar da vontade de todos. O Estado kantiano é um Estado de direito e não uma democracia. A vontade do povo é uma «vontade universal *a priori»* de que é portador, exclusivamente, um legislador ilustrado.

[7] Cfr. Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito,* Lisboa, 1959, p. 309.

[8] Foi este o critério defendido por G. Meyer na Alemanha e por uma grande maioria da doutrina francesa. Cfr. Böckenförde, *Gesetz,* cit., p. 259 ss.

[9] Neste sentido se orientaram os nomes mais representativos da juspublicistica germânica clássica (Laband, G. Jellinek, na sua fase jovem). Cfr. Böckenförde, *Gesetz,* cit., p. 259 ss; Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale,* 1931, p. 103 ss.

(Rechtsgesetze). As regras que não afectam a esfera jurídica dos cidadãos, limitando-se o Estado a fixar a si mesmo (aos seus agentes) uma certa linha de conduta, não são regras de direito. Assim, por exemplo, as leis que regulam o regime dos funcionários públicos, das finanças públicas, dos serviços públicos, são meras *leis administrativas (Verwaltungsgesetze).*

2.3. *A lei material no sentido de acto que intervém na propriedade e liberdade dos cidadãos* [10]

Embora possa ser considerada como uma variante da anterior, esta concepção precisa melhor a relação da *regra de direito* com os dois direitos fundamentais de matriz liberal: a liberdade e a propriedade. Diferentemente da *regra de direito,* as chamadas «normas não-jurídicas» *(Nicht-Rechsnormen)* consistiriam em prescrições mediante as quais o Estado, sem intervir na liberdade e propriedade dos cidadãos, ordena a conduta dos seus próprios órgãos.

O conceito de lei material desenvolve-se aqui em torno da *cláusula da liberdade e da propriedade (Freiheits-und Eigentumsklausel).* Como corolário lógico desta doutrina, entendia-se que para interferir na esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos era necessária uma lei ou autorização de lei.

II — A estrutura da lei

A análise substancialista subjacente ao conceito de lei material junta-se a análise estrutural. Esta procura distinguir as leis dos outros actos normativos mediante a acentuação dos elementos estruturais que, independentemente do conteúdo, estariam sempre presentes nos actos legislativos. A questão veio ganhar acuidade nos tempos mais recentes em face da assinalada evolução das leis no sentido da *concretação* e *individualização.* Eis alguns dos pontos essenciais da controvérsia doutrinal.

1. Lei e medida
li

A distinção entre *lei e medida* surge com C. SCHMITT quando este autor, ao analisar o poder do presidente do *Reich* para decretar ordenanças com valor de lei, nos termos do artigo 48.°, n.° 2, da Constituição de Weimar, enunciou a tese de que as disposições do *legislador extraordinário* (Presidente do Reich) *ratione necessitatis* eram medidas substancialmente diferentes das leis do Estado legislativo parlamentar. Ao permitir-se a um órgão executivo a

[10] A favor desta posição indicam-se os nomes de SEYDEL e ANSCHUTZ. Cfr. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz,* cit., p. 271 ss. Cfr., por último, as indicações de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* cit., p. 79 ss.

[11] Sobre esta distinção cfr. C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad,* Madrid, 1971, p. 196 ss, e desenvolvidamente, K. ZEIDLER, *Massnahmegesetz und Klassisches Gesetz,* Karlsruhe, 1961, p. 32 ss.

emanação de medidas com forma e valor de lei, operantes inclusivamente no campo dos direitos fundamentais (liberdade e propriedade), então teríamos actos simultaneamente legislativos e executivos, simultaneamente *leis* e *execução de leis.* Estes actos foram designados por SCHMITT com o nome de *medidas.*

2. As **leis-medida — Massnahmegesetze**[12]

A distinção de SCHMITT é posteriormente aproveitada por FORSTHOFF que, partindo da constatação das indesmentíveis transformações sociais e políticas ocorridas depois da 1.* Guerra Mundial, considera inevitável a adopção, por parte do legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos, económicos e sociais. Não se trata já do legislador extraordinário de SCHMITT, mas do legislador ordinário forçado a emanar leis, cujo escopo não é o de criarem uma ordem geral, justa e racional, mas o de realizarem elas mesmas uma utilidade concreta. Estas leis, nascidas de situações de necessidade, estão numa relação lógica com essas necessidades; há uma conexão evidente entre escopo e meio de realizar desse escopo.

A postura de FORSTHOFF abriu uma discussão ainda não terminada sobre a distinção entre *leis-norma* ou *leis clássicas* e *leis de medida.* Aqui forneceremos alguns tópicos [13].

A primeira posição é logo a de FORSTHOFF, acompanhada por MENGER e BALLERSTEDT, para quem a característica essencial das leis de medida era serem *leis de escopo (Zweckgesetze),* orientadas para uma finalidade concreta. As leis de medida são *disciplinas de acção,* havendo correspondência objectiva entre o escopo e os meios de acção, contidos na própria lei.

Sob o ponto de vista da garantia dos cidadãos e da estrutura do poder político, as leis-medida representariam uma invasão de autonomia do poder executivo, violando o princípio da separação dos poderes. Daqui derivaria o perigo de uma maior desprotecção dos particulares, dada a maior dificuldade do controlo das leis do que dos actos administrativos.

MENGER, completando a tese de FORSTHOFF, distingue entre *normas,* orientadas por uma ideia de justiça, e *medidas,* orientadas para determinados fins concretos. As normas poderiam revestir um carácter especial, concreto, desde que vinculadas por uma dimensão de justiça. Isto valeria sobretudo para o domínio dos direitos fundamentais, onde seriam admissíveis normas individuais e concretas que não violassem os direitos fundamentais, mas nunca leis de medida, dada a sua *indiferença à justiça.* As leis-medida apenas nos domínios de conformação do governo ou da administração podiam ser admissíveis.

Outra posição prefere recorrer a *elementos formais* para caracterizar as leis-medida. Estas leis deveriam caracterizar-se não através de elementos

[12] Cfr. FORSTHOFF, «Úber Massnahmegesetz», in *Forschungen und Berichte aus dem ôffentlichen Recht, Gedãchtnisschrift ftir W. Jellinek,* 1955, p. 221 ss.

[13] Seguimos nesta resenha fundamentalmente MAUNZ-DURIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar,* cit., *2."* ed., Berlim, 1976, Vol. II, p. 37 ss, e ZEIDLER, *Massnahmegesetz,* cit., p. 32 ss.

materiais — leis de acção-reacção-situação *(Aktion-Reaktion-Situationsgesetz)* —, mas pela sua natureza de leis individuais ou concretas. Detectam-se aqui três orientações.

a) *As leis-medida como leis individuais (Einzelpersongesetze)*

As leis-norma e as leis-medida distinguir-se-iam segundo o número dos destinatários a quem eram dirigidas: as leis-norma seriam leis gerais, dirigidas a uma pluralidade indefinida de pessoas; as leis-medida seriam *leis individuais,* visando uma só pessoa ou grupo de pessoas determinado. Esta distinção, que nos faz remontar à doutrina clássica da generalidade da lei, pretende ter também eficácia prática no campo dos direitos fundamentais. As leis restritivas dos direitos fundamentais só poderiam ser leis gerais e nunca leis individuais. As leis individuais, reguladoras dos direitos fundamentais, trariam sempre subjacente o perigo da inconstitucionalidade pela possibilidade de restringirem, para além do razoável, os direitos fundamentais, e de violarem o princípio da igualdade.

b) As leis-medida como leis concretas (Einzelfallgesetze)

Aqui, a base da distinção não é a contraposição entre *geral-individual,* mas entre *abstracto-concreto.* O interesse estará em saber se uma lei pretende regular em *abstracto* determinados factos ou se se destina especialmente a certos factos concretos. Também aqui a consideração fundamental radicaria no facto de uma lei poder ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto de facto que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual, porventura inconstitucional.

c) *As leis-medida como leis transitórias*

Esta posição faz-nos igualmente lembrar uma das características clássicas assinaladas à lei *(o carácter duradoiro),* pois assenta num *critério temporal* para operar a distinção entre leis clássicas e leis-medida. Estas seriam *leis temporárias (Zeitgesetze),* pois quer se preveja de antemão o termo da sua vigência, quer se anteveja um limite temporal resultante da satisfação dos fins a que a lei se dirige, as leis-medida estariam sempre condicionadas pelos limites de validade temporal.

3. Significado político da lei[u]

Muitas das questões relativas ao conceito de lei não podem divorciar-se dos respectivos pressupostos sociológicos e políticos. No desenvolvimento

[14] Sobre esta relação da lei com a política *vide,* por último, U. SCHEUNER, «Gesetzgebung und Politik», in *Gedãchtnischrift R. Mareie,* Berlim, 1974, Vol. II. p. 890 ss; idem, «Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat», *Fest. ftir Huber,* 1984, p. 137 ss; G. BURDEAU, *Traité de Science Politique,* Vol. VIII, Paris, 1974, p. 451 ss. Entre nós, por último, em termos pregnantes, ROGÉRIO SOARES, «Sentido e Limites da Função Legislativa no Estado Contemporâneo», in JORGE MIRANDA, (org.), *A Feitura das Leis,* vol. I, p. 429.

secular do conceito de lei detectou-se quase sempre uma *dimensão material,* traduzida na exigência de uma qualidade intrínseca (expressão do justo, da razão, do bem comum). Ao assinalar-se a vinculação da lei às exigências do bem comum apontava-se também a *dimensão política* do acto legislativo. A lei era considerada como um instrumento de *reforma* e é indubitável que a lei «legalizou» importantes transformações políticas e sociais em sintonia com as exigências da «justiça» e do interesse público. Lembremo-nos das declarações dos direitos e da nova conformação do direito em domínios como os da igualdade religiosa, liberdade de expressão, liquidação de ónus feudais.

Todavia, na teoria constitucional do século XIX, a lei passa a pouco e pouco, a *instrumento de conservação*[15]. Falar na superioridade da lei e do parlamento é falar da ascensão vitoriosa da classe burguesa; exigir que a lei fosse geral e se limitasse à definição das bases gerais dos regimes jurídicos, estava em perfeita consonância com o postulado da *abstinência* estadual de uma sociedade imóvel e imutável; falar de *preferência da lei,* do seu carácter primário, em oposição ao carácter derivado dos regulamentos e actos administrativos, era exprimir, muitas vezes, sobretudo nas estruturas políticas dua-lísticas, o confronto do Governo e da burocracia com o órgão da sociedade civil (parlamento); considerar necessária a autorização legal para certas actuações do executivo, significava assegurar à classe burguesa a escolha política expressa na lei; dizer que a regulamentação dos serviços do Estado era do domínio do «não direito» equivalia a deixar em liberdade os detentores do poder quanto à sua própria regulamentação; identificar a lei com a cláusula da liberdade e propriedade, correspondia a transformar a lei em instrumento de consolidação do ideário liberal. A *formalização* crescente da lei fala por si só sobre o significado do esvaziamento material e político da lei: a lei é uma *lei jurídica (Rechtsgesetz),* é uma fonte de direito e não mais do que isso.

Todavia, a problemática da lei ganha novos aspectos no contexto sócio--político dos modernos estados socialmente intervencionistas. A discussão sobre o conceito de *leis-medida é* já uma questão que tem presentes os novos condicionalismos político-sociais. Vejamos, mais detidamente, quais as razões justificativas de uma nova reapreciação da lei nos tempos modernos[16].

a) *Relativas ao modelo de Estado*

É quase uma banalidade dizer que o «Estado-providência» se comprometeu na conformação da própria sociedade. Intervindo activamente nos mais variados domínios da vida económica e social, não é de admirar que a lei se tenha transformado em *meio de intervenção do Estado,* em *instrumento de conformação social (gesellschaftliches Gestaltungsmittel).*

[15] A evolução do conceito de lei, o acentuar do formalismo, a transformação da lei em instrumento de conservação dos interesses burgueses, são postos em relevo por C. Rohersen, *Governo, Legge, Política,* Milão, 1969, p. 9 ss e 97 ss.

[16] Sobre as alterações político-sociais condicionantes da nova estrutura dos actos legislativos cfr. Herzog, *Allgemeine Staatslehre,* Frankfurt/M, 1971, p. 324 ss; Scheuner, *Gesetzgebung und Politik,* cit., p. 899. Entre nós, cfr. Rogério Soares, cit., p. 429 ss.

Este *carácter instrumental* da lei mal se compadece com as doutrinas da generalidade e abstracção ou com a cláusula conservadora da lei como forma de garantia da propriedade e liberdade. A lei pode ser, quando necessário, concreta e individual; a lei intervém ela mesmo, quando as exigências sociais o impuserem, na esfera patrimonial dos cidadãos. Ressalvam-se, é evidente, os limites constitucionalmente estabelecidos para esta transformação da lei em *instrumento concreto da política* (cfr. artigo 18.°/3).

b) *Relativas à duração da lei e dos actos com força de lei*

Também passou a ser lugar comum afirmar-se que a aceleração da história contribui para a «motorização do legislativo». Não mais as leis podem aspirar a um carácter duradouro. A intemporalidade pressupõe uma sociedade estática, supostamente imune a «grandes saltos em frente».

O dinamismo social, as rápidas alterações económico-políticas obrigam as leis a deixarem de ser apenas *disposição,* volição preliminar, para passarem a ser execução, a deixarem de ser *disciplina de acção* para se volverem em *acção mesma,* a deixarem de ser *normas* para se limitarem ao papel de *medidas.* Por isso é que a hostilidade, mais ou menos patente, de alguns autores, às *leis de medida,* se nos afigura tributária de modelos de Estado historicamente ultrapassados.

c) *Relativas ao valor de lei*

Quer se considere a sociedade como uma *sociedade pluralista* diversificada em grupos com interesses relativamente divergentes, quer se conceba como *sociedade antagónica,* dividida em classes com interesses contrapostos, a lei não surge como expressão da vontade geral de uma sociedade homogénea (constitucionalismo liberal), mas sim como resultado da *luta* de grupos e partidos e do compromisso e da negociação legislativa entre os agentes políticos (associações, *lobbies,* igrejas). A lei é, neste sentido, *expressão de constelações políticas cambiantes.* A vinculação da lei aos arranjos partidários explica também que o valor da lei seja tributário do *valor da política,* tanto mais que, como assinalou incisivamente Josserand, a lei se tornou em «código da riqueza e dos fenómenos económicos, mais do que em ciência do justo e do injusto».

Das considerações precedentes não se extraia, porém, a ilação de que a lei é uma forma vazia, susceptível de dar cobertura a todos os actos estaduais. A dimensão material assinalada à lei já não se reduz a uma abstracta e imóvel dimensão de justiça, antes postula uma justiça social *infieri.* Todavia, nem por isso deixará de existir um *momento de fixação do conteúdo da lei:* é ele uma *Constituição* dotada de legitimidade material e os seus princípios que continuarão a garantir a permanência de uma dimensão material nos actos legislativos, já que a *validade material* vai pressuposta (cfr. limites do poder constituinte material) na própria Constituição[16]. Para utilizarmos uma formulação sugestiva que pertence a Diez-Picazo — «a ideia material de lei própria do moderno Estado de direito não impõe, pois, a necessidade da lei em sentido material, mas exige-se que esta seja instrumento de um direito entendido como

[1] Cfr. Diez-Picazo «Concepto de ley e tipos de leyes», cit., p.

ordenamento racional inspirado em critérios respeitadores de valores constitucionais e, por isso, que não seja mero revestimento de um direito entendido como decisão ou *voluntas»*.

B I *O SENTIDO DA LEI NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976*

I — O sentido técnico-jurídico de lei: a polissemia de sentidos

O esquema evolutivo da lei na teoria do Estado e do direito permitiu-nos compreender muitos dos debates sobre as características e natureza das leis, tais como a discussão sobre o duplo conceito de lei (lei e lei material) a controvérsia sobre o elemento distintivo da lei em relação a outros actos normativos (generalidade, abstracção, novidade) e o debate sobre a actual estrutura da lei (lei normativa, lei-medida). Torna-se, no entanto, necessário, indagar o possível significado *técnico-jurídico de lei,* para além do seu enquadramento filosófico e político. Este significado *técnico-jurídico* deverá resultar da Constituição, o que não é tarefa fácil dada a polissemia do termo *lei* no quadro da nossa lei constitucional. Assim.

a) *Lei no sentido de ordenamento jurídico*

Quando no artigo 13.71 se afirma que «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei», o termo lei está utilizado no sentido de *ordenamento jurídico,* na sua globalidade. *Ordenamento jurídico* significará, neste contexto, o conjunto de normas jurídicas vigentes no ordenamento estadual português.

b) *Lei no sentido de norma jurídica, independentemente da fonte normativa*

Quando no artigo 206.° se estabelece «que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei», a *lei* significa *norma jurídica,* qualquer que seja a sua forma de produção. *Leis,* neste sentido, são, desde logo, as normas constitucionais, as normas constantes de

decretos-leis, de decretos legislativos regionais, de convenções internacionais, de decretos regulamentares, além, evidentemente, das normas constantes de leis *{stricto sensu).*

c) *Lei no sentido de actos normativos com valor legislativo*

Noutras disposições constitucionais o termo *lei* aparece no sentido de actos normativos que implicam o exercício de poderes legislativos (cfr. artigo 115.°/1). Ao prescrever-se, por exemplo, que a *«lei* disciplinará a actividade económica e os investimentos por parte de pessoas singulares ou colectivas estrangeiras ...» (artigo 88.°), a Constituição está a exigir que a disciplina das actividades económicas e investimentos seja feita por *acto legislativo* (lei da Assembleia da República, decreto-lei, decreto-lei autorizado), não necessariamente reconduzível à lei formal do Parlamento.

d) *Lei no sentido de leis gerais da República*

Existem referências constitucionais à lei em que esta assume o sentido de *lei geral da República,* extensiva apenas às leis da AR e aos decretos-leis do Governo (cfr. artigo 115.73).

e) *Lei no sentido de lei da Assembleia da República*

Noutros casos a referência constitucional à lei só pode ser entendida no significado técnico-jurídico rigoroso e tradicional: *acto normativo editado pelo Parlamento de acordo com o procedimento constitucionalmente prescrito.* Incluem-se aqui todas as hipóteses em que a Constituição se refere à *lei* regulamentadora de matérias de exclusiva competência da Assembleia da República (cfr. artigos 115.72,164.°, 167.° e 168.°)[17].

II — Estrutura e conteúdo da lei na Constituição Portuguesa

Abstivemo-nos atrás, ao registarmos as discussões sobre a estrutura da lei, de qualquer tomada de posição em face das várias doutri-

[17] Entre nós, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 161 ss.; "Lei", in *Dicionário jurídico da Administração Pública,* Vol. V, p. 355 ss.

nas formuladas. As discussões teoréticas não podem alhear-se do contexto normativo-constitucional concreto. Por isso, a apreciação do problema será feita tendo em atenção o actual sistema constitucional português.

1. Lei formal e lei material

Houve já oportunidade de salientar a inexistência de uma caracterização material de acto legislativo no direito constitucional português (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão III/I). A única definição isenta de controvérsias é uma definição meramente formal. Acto legislativo no direito português é todo o acto: (1) vertido pela AR em forma de lei *(-* lei formal da AR = lei em sentido restrito = lei do parlamento);
(2) elaborado pelo Governo em forma de decreto-lei (= lei do Governo);
(3) emanado das assembleias legislativas regionais em forma de decretos legislativos regionais; (4) de acordo com os procedimentos e no exercício de competências legislativas jurídico-constitucionalmen-te estabelecidas.

Todavia, dissemo-lo há pouco, à história da lei está quase sempre ligada a exigência de uma *dimensão material.* É em torno desta dimensão material da lei que a juspublicística alemã do século passado, movida embora por nítidas preocupações políticas, tenta estabelecer a distinção entre lei em *sentido formal* e lei em *sentido material^. Leis formais* seriam os actos elaborados pelo órgão legislativo e segundo o processo constitucionalmente exigido para a formação das leis; lei em *sentido material* seria toda a prescrição que, independentemente da forma, revestisse o carácter de *norma jurídica (Rechtsatz = Rechtsnorm).* Um acto pode ser simultaneamente uma lei formal e material, mas também pode haver não-coincidência entre forma e conteúdo; à forma de lei pode não corresponder um conteúdo normativo, e, reciprocamente, *decretos* ou *regulamentos* podem constituir materialmente uma lei. Este duplo conceito de lei acarretava consequências de inegável alcance prático que iam desde a delimitação do domínio do regulamento (acto do poder executivo) em relação à lei (acto do poder legislativo) até ao problema do controlo dos dois tipos de lei. Quanto a este último aspecto, a questão colocava-se funda-

[18] Sobre o problema do *duplo conceito* cfr., largamente, Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt,* cit., p. 226 ss. Entre nós, cfr. Rui Machete, «O Contencioso Administrativo», separata do *Dicionário Jurídico de Administração Pública.*

mentalmente nos seguintes termos: uma lei formal, sem conteúdo normativo, equivalente praticamente a um acto administrativo, poderá estar sujeita ao regime de fiscalização destes actos ou continuará a ser um acto soberano e incontestável, apenas susceptível de controlo por via da inconstitucionalidade? Uma lei material, mas revestindo a forma de regulamento, está sujeita ao controlo das leis ou ao controlo dos actos da administração?[19]

2. Lei-medida e lei geral e abstracta

A função da lei geral e abstracta parece ter sido acolhida positivamente na Constituição portuguesa, ao estabelecer no artigo 18.°/3 que «as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir *carácter geral e abstracto».*

Neste preceito estabeleceu-se uma *dupla reserva:* (1) *reserva de lei formal* (relativa), dado que nos termos do artigo 168.*°/b* é de exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre direitos, liberdades e garantias; (2) *reserva de lei geral e abstracta,* vetando-se que leis individuais venham restringir os direitos dos cidadãos (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão II). Esta reserva de *lei formal, geral e abstracta,* para a restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (reserva de lei qualificada), não alicerça qualquer distinção positiva entre este tipo de leis e as outras leis não gerais e abstractas (porventura sob a forma de leis de medida, à qual ande associada uma substancial diferenciação de regimes). Visou-se, fundamentalmente, evitar que a própria *reserva de lei formal* servisse para diminuir, em vez de reforçar, a garantia dos direitos fundamentais. E isto sob um duplo ponto de vista: sob um ponto de vista material, proibindo-se que, a coberto de um acto com o valor de lei, se viole o *princípio fundamental da igualdade;* sob um ponto de vista formal, impedindo-se que uma lei produza os efeitos do acto administrativo

[19] A jurisprudência constitucional portuguesa tem admitido o controlo de actos legislativos que contenham actos materialmente administrativos. Cfr., por exemplo, Ac TC n.° 26/85, DR, II, de 26/4/85; Ac TC n.° 80/86, DR, I, de 11/7/86; Ac TC n.° 150/86, DR, II, de 30/4/86; Ac TC n.° 405/87, DR, II, de 22/12/87 (cfr. *infra,* Padrão VI). O problema relaciona-se também com o princípio da separação de poderes, discutindo-se se deverá ou não ser reconhecido à administração um domínio autónomo e específico *(Verwaltungsvorbehalt).* Cfr. W. Schmidt, «Der Verwaltungsvorbehalt, ein neuer Rechtsbegriff?», in *NZWR,* 9 (1984), p. 545 ss.; Nuno Piçarra, "A Reserva de Administração", cit., p. 1 ss.

sem as correspondentes garantias, derivadas do princípio da legalidade da administração (cfr., porém, o artigo 268.74)[20].
Quanto à questão da natureza das leis-medida, todas as doutrinas atrás refutadas têm um aspecto de verdade e todas elas reflectem mais ou menos as condições sociológicas em que actuam os modernos legisladores. Diferentemente das épocas de imobilismo, o legislador vê-se obrigado a editar *leis de situação (Anlassgesetze);* perante a diversidade de situações, o legislador é compelido a editar leis destinadas a círculos restritos de pessoas ou a um número limitado de casos *(Einzelperson-Einzelfallgesetze);* perante as *surpresas* da vida social, o legislador tem necessidade de editar leis temporalmente limitadas para resolver certas necessidades, findas as quais a lei deixa de vigorar. Todavia, a problemática das leis-medida é muitas vezes empolada e pode não encontrar acolhimento positivo nas estruturas constitucionais (cfr. Ac TC 162/85, DR, II, 18-9-85).

3. O sentido da reserva de lei de parlamento na Constituição de 1976

A lei entendida no sentido formal e restrito já assinalado — *acto normativo emanado da Assembleia da República e elaborado de acordo com a forma e procedimento constitucionalmente prescrito* — nada nos diz sobre a especificidade do conteúdo de uma lei. E, em verdade, pouco poderá ser dito sobre a substância da lei; ela assume conteúdos variados sem que se possa falar de uma *substância* ou conteúdo típicos dos actos legislativos. Mas não haverá razões para a Constituição ter atribuído, a título exclusivo, à AR, a disciplina legislativa de certas matérias? (cfr. artigos 164.°, 167.° e 168.°). Por outras palavras: se a lei é uma forma à procura de qualquer conteúdo qual o motivo justificativo da existência de uma *reserva de lei do parlamento!* (cfr. *supra).*
No momento actual de progressiva ampliação da competência legislativa do executivo, o problema da *reserva da lei* ganha sentido se quisermos acentuar não tanto a *divisão dos poderes* (hoje substancialmente atenuada face à institucionalização da prática dos decretos--leis) ou a função dos parlamentos como simples órgãos de *controlo político* ou de *ratificação* da legislação governamental, ou ainda a redução das leis parlamentares à *fixação racionalizadora e estabilizadora* de uma ordem estadual (reserva de lei informada pela ideia

[20] Cfr. também, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 191. No plano jurisprudencial cfr. Ac. TC 162/85, DR, II, 18-19.

de Estado de direito), mas sim a *legitimidade democrática* das assembleias representativas, expressa na consagração constitucional da *preferência e reserva de lei formal* para a regulamentação de certas matérias (cfr. *supra).*

A publicidade que rodeia a sua discussão, o acompanhamento dos debates pela opinião pública e a sua difusão pelas *mass media,* a possibilidade de intervenção de todos os partidos representados (não apenas dos que directa ou indirectamente constituem também o governo), justificarão que a Constituição (a reserva de lei deve ter um fundamento evidente num preceito constitucional) *reserve à lei formal da assembleia* a disciplina de certas matérias[21]. Não é claro, porém, o critério material subjacente à reserva de lei do parlamento na CRP. Podem, todavia, sugerir-se algumas razões: (1) em primeiro lugar, existem os casos das impropriamente chamadas *leis meramente formais* que exprimem o exercício de uma competência própria e irrenunciável do Parlamento (é o que acontece, como veremos melhor adiante, com as leis de aprovação dos estatutos regionais, as leis de autorização legislativa e, em geral, com as leis reforçadas); (2) noutros casos, a Constituição, dado o relevo político-constitucional da matéria, confere exclusiva e irrenunciavelmente à assembleia representativa a competência política para a disciplinar (é o caso das matérias do artigo 167.°, essencialmente referentes «à constituição política»); (3) quanto a certas matérias, a Constituição preferiu a lei como meio de *actuação* das disposições constitucionais, mas não proibiu a intervenção de outros actos legislativos, desde que a *lei formal* isso mesmo autorize e estabeleça, previamente, os princípios e objecto de regulamentação das matérias *(reserva relativa* consagrada no artigo 168.°).

De qualquer modo, a reserva de parlamento é não apenas uma reserva democrática ou *reserva de plenário,* mas uma reserva simultaneamente *material* e *formal.* Reserva formal porque a Assembleia da República não regula os assuntos incluídos na reserva de parlamento por outra forma que não seja a lei (e não, por exemplo, moção, resolução). Por outro lado, a reserva de parlamento refere-se a *matéria,* é uma *reserva material.*

[21] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao artigo 167.°; Jorge Miranda, "Lei", in *Dicionário Jurídico,* p. 377. Sobre os vários momentos da reserva de parlamento — relevância quanto a direitos fundamentais, critério democrático, significado social e federal — cfr. H. Shulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung,* Berlin, 1988, p. 164; EberLE, «Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt», in *DÒV,* 1984, p. 485 ss.

CAPÍTULO 18

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS 3.º — INDIVIDUALIZAÇÃO E ANÁLISE DE ALGUMAS CATEGORIAS DE LEIS

Sumário

A) LEIS CONSTITUCIONAIS
B) LEIS ORGÂNICAS
I — Sentido jurídico e político-constitucional II — Características jurídico-constitucionais
C) LEIS DE BASES OU DE PRINCÍPIOS
I — As leis de base na tipologia das leis II — As leis de base na Constituição de 1976
1. O sentido das «bases gerais» do regime jurídico
2. O sentido da primariedade material das leis de bases relativamente aos decretos--leis de desenvolvimento
3. Sentido da primariedade das leis de bases relativamente aos decretos legislativos regionais de desenvolvimento
D) LEIS DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA
1. Considerações de natureza dogmática
2. Leis de autorização e leis de bases
3. Natureza jurídico-constitucional das leis de autorização
4. O objecto das leis de autorização
5. Os destinatários das autorizações legislativas
6. Limites das autorizações legislativas
7. Leis de autorização e decretos-leis autorizados
E) LEIS ESTATUTÁRIAS
1. Os estatutos como leis formais da AR
2. A hierarquia normativa das leis estatutárias
3. Âmbito normativo dos estatutos

F) LEIS REFORÇADAS

I — Referências jurídico-constitucionais II — Caracterização das leis **reforçadas**

Indicações bibliográficas

TODA A BIBLIOGRAFIA DO PADRÃO V/2 E AINDA

CAMBY, J. P. — «La loi organique dans la Constitution de 1958», in RDP, 1989, p. 1401 ss.
BASTIDA, F. — «La naturaleza jurídica de las leys orgânicas», in REDC, 2/1981, p. 169 ss.
MIRANDA, J. — *Manual,* II, 4." ed., p. 326 ss; "Lei", in *Dicionário Jurídico da Administração,* Vol. V., Lisboa, 1993.
VAZ, M. A., "O conceito de lei na Constituição Portuguesa", in *Direito e Justiça,* 1987-88, p. 179 ss.

A/ *LEIS CONSTITUCIONAIS*

A Constituição portuguesa faz expressa alusão a *leis constitucionais.* No artigo 122.71-a determina-se a sua publicação no *Diário da República;* no artigo 169.°/1 prescreve-se a forma de lei constitucional para os actos previstos no artigo 164.*°/a,* ou seja, para as alterações ou revisão da Constituição nos termos dos artigos 286.° a 291.°. Da conjugação destes preceitos conclui-se que, no sistema constitucional português, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, as *leis constitucionais se identificam com as leis de revisão.* Só se podem considerar leis constitucionais aquelas que se dirigem à modificação da Constituição, de acordo com o *procedimento* estabelecido nos artigos 284.° ss (cfr. ainda os artigos 292.° e 294.°, relativos a leis constitucionais anteriores à Constituição mas recebidas nesta; podem, porém, ser alteradas por lei ordinária).

A Constituição não indica quaisquer outros actos normativos que exijam forma de lei constitucional e furta ao critério do legislador ordinário a eleição da forma constitucional para a regulamentação de matérias que, na sua óptica, têm dignidade constitucional. A *reserva de lei constitucional pertence ao poder constituinte ou ao poder de revisão* que encontra fundamento naquele. Ao tratar-se da revisão constitucional far-se-ão mais algumas considerações a este respeito.

B I *LEIS ORGÂNICAS*

I — Sentido jurídico e político-constitucional

A categoria de leis orgânicas foi introduzida na Constituição de 1976 através da Lei de Revisão n.° 1/89 (cfr. CRP, artigos 115.72 e 169.72). Não é claro, porém, o sentido jurídico e político-constitucional desta nova figura. Seria incorrecto dizer-se que elas correspondem

ao modelo francês de *«lois organiques»* '. Por outro lado, também não se identificam com a categoria de *«leyes orgânicas»* previstas na Constituição espanhola de 1978 (artigos 8.°/2, 54.°, 57.75, 92.73, 93.°, 104.72, 107.°, 116.°, 122.71, 136.74, 141.71, 150.72 e 157.73)' pois o direito constitucional espanhol, tal como o francês, reserva para a lei orgânica um leque de matérias bastante mais extenso (desde logo, as relativas ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e liberdades públicas) do que o da Constituição portuguesa (CRP, artigo 167.7a a *e)*[2].

Na Constituição Portuguesa (CRP, artigo 167.7a a *e,* e 169.72) reserva-se para as leis orgânicas o regime eleitoral dos órgãos de soberania, o regime do referendo, a organização do Tribunal Constitucional e das Forças Armadas e a disciplina de situações de «necessidade constitucional» (estado de sítio e estado de emergência). O significado político-constitucional desta «reserva de competência» para lei orgânica não é transparente. Tendo em atenção a sua génese no contexto da L 1/89, uma das funções políticas destas leis é a «continuação do pacto de revisão» celebrado por algumas forças partidárias com papel predominante (em virtude da sua represen-tatividade) numa Assembleia da República dotada de poderes de revisão[3]. Tendo em conta as matérias sobre que incidem e o seu procedimento legislativo específico, as leis orgânicas, no ordenamento constitucional português, têm as seguintes funções políticas: (i) subtrair as «regras do jogo eleitoral» às maiorias parlamentares de cada momento, protegendo, simultaneamente, o direito das minorias (CRP, artigo 167.7a e *b);* (ii) exigir um consenso alargado para a disciplina do *direito processual constitucional,* dada a sua importante função de «desenvolvimento da Constituição (CRP, artigo 167.7c); (iii) impor uma maioria qualificada na definição e organização da

[1] Cfr. G. Burdeau, *Manuel de Droit Constitutionnel,* 21.ª ed., 1988, p. 64, que caracteriza as leis orgânicas como sendo «des lois ordinaires qui traitent de questions relatives aux institutions constitutionnelles»; J. P. Berardo, «Les lois organiques dans rordonnement constitutionnel français», in *Scritti Crisafulli,* II, 1985, p. 71 ss; J. P. Camby, «La loi organique dans la Constitution de 1958», in *RDP,* 1989, p. 1401 ss.

[2] Cfr., por exemplo, Predieri / Garcia de Enterria, *La Constitución espahola de 1978,* p. 211; A. Garrorena Moral.es, «Acerca de las leys orgânicas y de su espúria naturaleza jurídica», in *REP,* 13 (1980), p. 169 ss; F. Bastida, «La naturaleza jurídica de las leys orgânicas», *REDC,* 2 (1981), p. 285 ss; Ramon Fernandez, *Las leys orgânicas y el bloque de la constitucionalidad,* Madrid, 1981.

[3] Cfr. a versão deste «pacto» em José Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional,* cit., p. 165 ss.

defesa nacional e disciplina das Forças Armadas (167.°*/d);* (iiii) proteger a «constituição» e os «direitos fundamentais» nos casos de estado de sítio e de emergência, evitando «rupturas constitucionais» a pretexto da existência de situações de anormalidade constitucional (167.7e).

II — Características jurídico-constitucionais

a) *As leis orgânicas são leis ordinárias*

As leis orgânicas são leis ordinárias da Assembleia da República (CRP, artigos 169.72 e 167.7a a *e).* Não se trata, pois, de leis com um escalão normativo superior, situado entre as leis constitucionais e as leis ordinárias.

b) *As leis orgânicas são leis reforçadas*

Não obstante a sua natureza de leis ordinárias, a Constituição confere-lhe a natureza de *leis reforçadas* (CRP, arts. 115.72, 280.72, 281.71/b). As consequências jurídicas deste valor reforçado serão apreciadas noutro capítulo (cfr. *infra,* Padrão VI).

c) *Tipicidade de leis orgânicas*

Só são leis orgânicas aquelas que a «constituição considera como tais»[4], pois só a lei constitucional pode atribuir forma especial, valor reforçado e reserva material a certos tipos de actos legislativos (CRP, artigo 169.72).

d) *Exclusividade «ratione materiae» das leis orgânicas*

Sempre que a Constituição reservou para «lei orgânica» a disciplina jurídica de certas matérias, então o legislador orgânico é competente em termos exclusivos. Consequentemente, serão inconstitucionais leis orgânicas de autorização (o que resultaria já da ideia de reserva absoluta do artigo 167.°), leis orgânicas de bases e leis orgânicas limitadas ao regime geral de certas matérias. Aqui intervém claramente o

[1] Cfr. no direito francês, J. Gicquel, *Droit Constitutionnel,* 1987, p. 813.

princípio da competência (para além do princípio hierárquico) e da *«reserva total»*[5] ou «absoluta». A única excepção de "reserva total" de lei orgânica está prevista no art. 167 *°/d* (lei orgânica sobre as "bases gerais" da organização, funcionamento e disciplina das Forças Armadas).

e) *As leis orgânicas como «reserva de plenário»*

Além dos requisitos formais e procedimentais de qualquer lei da Assembleia da República, as leis orgânicas «são obrigatoriamente votadas na especialidade no Plenário» (e não em comissões). Neste sentido pode afirmar-se que elas são não apenas reserva de parlamento mas, mais do que isso, *reserva de plenário* (CRP, artigo 171.°/4).

f) *As leis orgânicas e a fiscalização preventiva*

Como se estudará mais adiante (cfr. *infra),* as leis orgânicas têm um regime especial de fiscalização preventiva, sobretudo quanto ao pressuposto de *legitimidade processual activa* (CRP, artigo 278.°/5).

g) *As leis orgânicas e o regime de veto político*

Embora não sejam as únicas (cfr. CRP, artigo 139.°/3), as leis orgânicas exigem uma maioria qualificada (2/3 dos deputados presentes) e, por conseguinte, um largo consenso parlamentar para a superação do veto político do Presidente da República (CRP, artigo 139.73).

h) *Forma de lei e forma de lei orgânica*

Sendo leis ordinárias, as leis orgânicas revestem uma forma especial — *a forma de lei orgânica* — como dispõe o artigo 169.72[6].

[5] O termo «reserva total» utiliza-se aqui em sentido diferente do da «reserva total de lei».

[6] É questionável se, em virtude desta forma especial, as leis orgânicas não deveriam ter uma enumeração especial no Diário da República. Exigindo apenas a «menção de lei orgânica, mas não numeração especial» cfr. José Magalhães, *Dicionário da Revisão,* **cit.,** p. 73 ss.

C I *LEIS DE BASES OU DE PRINCÍPIOS*

I — As leis de bases na tipologia das leis

O tema das chamadas *leis de bases* ou *de princípios* aproxima-nos, de uma forma aparentemente contraditória, de algumas ideias já discutidas a propósito do conceito de lei.

Tratando-se, como se trata, de leis consagradoras dos princípios vectores ou das bases gerais de um regime jurídico, deixando a cargo do executivo o desenvolvimento desses princípios ou bases, as leis de bases reconduzem-nos ao conceito clássico de lei, pois, como assinala Cotteret, «se revaloriza a lei que se tornou de novo geral e impessoal»[8]. Todavia, a ideia subjacente ao aparecimento das leis de bases ou de princípios não foi já a de um parlamento divorciado das tarefas de governo, ao qual correspondia uma sociedade estática, conservadoramente imóvel, mas a de um parlamento legislativamente operante numa sociedade *constituenda,* e colaborante como um governo responsável por tarefas de conformação social.

A sociedade da época de Leon Blum (o célebre ministro francês que pela primeira vez recorreu ao expediente das *lois-cadre*[9]*, é* a sociedade da Frente Popular (1936), com importantes clivagens ideológicas, expressão de conflitos de classes (políticos, económicos e sociais), que os órgãos político-constitucionais (governos e parlamento) teriam de enfrentar. A finalidade e estrutura da lei-quadro de 20 de Junho de 1936 do gabinete de Leon Blum ressaltam com nitidez destes simples pormenores: é uma lei que institui férias pagas (dimensão político-social) e é constituída apenas por três artigos. O parlamento mantém-se soberano ao traçar a moldura, dentro da qual se deve exercitar a actividade do governo; este assegura a sua eficácia ao editar com rapidez os *decretos de desenvolvimento* das leis-quadro aprovadas pelo órgão
representativo
10

[7] Sobre a problemática das leis de bases em geral, vide o já clássico estudo de J. Charpentier, *Les lois-cadres el la Fonction Gouvernamentale;* S. Villari, *Problemática delia Legge Quadro nel Diritto Francese,* Milano, 1969; Tapia-Valdes, «Leyes de Bases y Nuevas Categorias», in *Perspectivas dei Derecho Publico,* Home-nage a H. Sayagués-Laso, Madrid, 1969, Vol. III, p. 631 ss.

[8] Cfr. J. Cotteret, *Le pouvoir législatifen France,* Paris, 1962, p. 67.

[9] Segundo informa Charpentier, o primeiro exemplo de leis-quadro remonta ao Ministério Doumergue (6 de Julho de 1934). Cfr. Charpentier, *Les Lois-Cadres,* cit., p. 224.

[10] Eis como o relator do Projecto de Lei referido na nota anterior focava impressivamente a questão das *leis de bases:* «este método, não significa plenos poderes para o Governo... Não é um cheque em branco. O Parlamento não abandona o poder de legiferar que lhe pertence. Não se pode mesmo dizer que ele o delega; ele partilha-o. O projecto de lei organiza uma espécie de divisão de trabalho entre o Parlamento e o Governo. O Parlamento estabelece os princípios de reforma e fixa os

Ao estabelecerem as grandes linhas ou princípios de uma actividade governamental socialmente conformadora, as leis-quadro indiciavam já o *propósito impulsionador* das leis de plano de época mais recente. No entanto, nem sempre as leis de bases se conseguiram manter com o seus contornos ortodoxos, isto é, disposições votadas pelo parlamento, limitadas ao estabelecimento das bases ou princípios, a que o governo deverá dar operatividade prática através dos decretos de desenvolvimento. Umas vezes, começam a entrar em detalhes fornecendo não apenas a moldura, mas ocupando o espaço do próprio quadro; outras vezes, nem sequer se estabelecem os princípios ou bases gerais. Sugerem-se apenas os fins, deixando inteira liberdade ao governo para escolher os meios. No primeiro caso, as leis-quadro em nada se distinguem das leis ordinárias; no segundo, aproximam-se de um outro tipo de leis — *leis de autorização legislativa (leis de delegação, leis de habilitação),* — de que falaremos no número subsequente. Nesta última hipótese, as leis-quadro acabam afinal por tolerar aquilo que, de certo modo, tinha justificado o seu aparecimento: a má fama dos poderes legislativos do governo, ou seja, a delegação de plenos poderes ao governo para emanar decretos com força de lei *(decretos-leis).*

II — As leis de bases na Constituição de 1976

O tipo das leis de bases esteve presente na elaboração de certas normas da Constituição: (1) no artigo 115.72 alude-se a decretos-leis que «desenvolvem bases gerais de regimes jurídicos»; (2) no artigo 201.71/c, dispõe-se que compete ao Governo, no exercício de funções legislativas, «Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem»; (3) na enumeração das matérias de exclusiva competência da Assembleia da República sugere-se que às leis cabe a definição das bases gerais dos regimes jurídicos (artigo 167.*°ld* e *i,* e artigo 168.°//, *g* e *n;* (4) finalmente (depois da 2.ª Revisão), na definição dos poderes das regiões autónomas estabelece-se no artigo 229.71/c que estas podem «Desenvolver, em função do interesse específicas regiões, as leis de bases em matérias não reservadas à Assembleia da República, bem como as previstas nas alíneas/), *g), n),* v) e *x)* do n.° 1 do artigo 168.°».

Se a admissibilidade da categoria de leis de bases não merece grandes reticências, já outros problemas jurídico-constitucionais com

limites dentro dos quais o Governo aplicará, por decretos, os princípios fixados, decretos esses que serão em seguida submetidos à nossa ratificação.» Cfr. CHAR-PENTIER, cit., p. 224.

elas relacionados parecem não ter sido resolvidos com muita clareza no texto constitucional.

1. O sentido das «bases gerais» do regime jurídico "

A existência das leis de bases só se torna inteligível quando se recortam com clareza os vários níveis da competência legislativa da AR: (1) nível de densificação legislativa total, nos casos de a disciplina legislativa de uma matéria ser reservada de uma forma completa a AR (é o caso da generalidade das matérias — reserva total — dos artigos 167.° e 168.°); (2) nível de densificação intermédio, nos casos em que a disciplina legislativa da AR incide sobre o *regime comum* ou *normal* (cfr. artigo 168.71, *d, e, h* e *p);* (3) nível de densificação limitado às *bases gerais* dos regimes jurídicos (cfr. artigo 168.°/l,/, *g, n, v* e x). Repare-se que definir um regime comum (nível 2.°) e traçar bases gerais (nível 3.°) não é a mesma coisa: definir um regime comum ou normal significa estabelecer uma disciplina legislativa completa desse regime, sem prejuízo de regimes especiais a estabelecer pelo Governo, ou, se for caso disso, pelas assembleias legislativas regionais; estabelecer as bases gerais equivale à consagração das opções político-legis-lativas fundamentais, deixando-se (ou podendo deixar-se) ao Governo e às assembleias legislativas regionais a definição concreta dos regimes jurídicos gerais.

Colocar-se-á também o problema de determinar a utilidade da fórmula constitucional que se refere expressamente à fixação das bases gerais dos regimes jurídicos (cfr. artigos 167.*°ld* e / e 168.7/, *g, v* e *x).* Dito por outras palavras: qual o sentido que se deverá atribuir à limitação da reserva de competência da AR à fixação de bases gerais? As respostas possíveis são as seguintes:

(1) *heterolimitação* da AR por força da lei constitucional, querendo com isto dizer-se que a AR se deve limitar, nessas matérias, a estabelecer as bases gerais e reenviar obrigatoriamente para o Governo (e assembleias legislativas regionais) o seu desenvolvimento;

(2) *autolimitação* da AR, significando isto que o legislador constituinte se bastou com uma reserva de lei formal no que respeita às bases gerais dos regimes jurídicos, deixando a

[11] No plano jurisprudencial cfr. Ac. TC n.° 326/86 de 25: 11, e 39/84, de 11/4/84.

possibilidade à AR de ela mesmo desenvolver, querendo, essas bases, ou para, autolimitando-se, confiar o seu desenvolvimento ao Governo (e às assembleias legislativas regionais);
(3) *limitação do Governo e assembleias legislativas regionais,* entendendo-se que o sentido principal da fórmula constitucional não é o de estabelecer uma heterolimitação ou autoli-mitação da AR, mas o de, e em certos assuntos, que carecem necessariamente de desenvolvimento, limitar a competência legislativa do Governo (e das assembleias legislativas regionais) ao desenvolvimento de um parâmetro normativo fixado, básica e primariamente, por lei da AR.
Com o *princípio da reserva legislativa de bases gerais* desejou-se, pois, e por um lado, assegurar a intervenção legislativa primária da AR, e, por outro lado, permitir ao Governo (e assembleias legislativas regionais), *mesmo sem autorização legislativa,* legislar sobre a mesma matéria, uma vez fixadas as bases gerais através de lei do parlamento. Sob um ponto de vista material, as leis de bases constituem *directivas* e *limites* dos decretos-leis e dos decretos-legis-lativos de desenvolvimento: directivas, porque definem os parâmetros materiais, isto é, os princípios e critérios a que o Governo e as assembleias legislativas regionais devem *sujeitar-se* no desenvolvimento das referidas leis; *limites,* porque o desenvolvimento pelo Governo (art. 201.°/l/c) e pelas assembleias legislativas regionais (art. 229.71/c) das leis de bases deve manter-se dentro das normas fixadas nas bases da AR, nos termos a seguir especificados.
Algumas constituições contemporâneas *impõem* ao legislador ordinário a circunscrição da lei à definição das bases ou dos princípios em determinadas matérias. Assim, o artigo 34.° da Constituição francesa de 1958 enumera as matérias atribuídas ao legislador, mas apenas quanto à definição dos princípios fundamentais. Este preceito tem sido entendido como atributivo de um *domínio reservado* ao Executivo [12]: o legislador não pode ir além da definição dos princípios, exercendo-se o poder regulamentar no quadro dos princípios estabelecidos pelo legislador. De igual modo, o artigo 75.° da *Grundgesetz* de Bona, ao prescrever que a federação tem o direito de editar *normas básicas* ou *preceitos-quadro (Rahmenvorschriften)* sobre determinadas matérias, tem sido interpretado como portador de *limites intrínsecos* ao legislador federal que o impedem de estabelecer normas regulamentares da competência dos *Länder*[n]-
p. 611.
[12] Cfr., por exemplo, G. Vedel, *Dwit Administratif,* 3." ed., Paris, 1964, p. 34.
[13] Cfr. Leibholz-Rinck, *Grundgesetz, Kommentar, 4."* ed., Colónia, 1971,

Também a Constituição de 1933, artigo 92.°, estatuía expressamente «As leis votadas pela Assembleia nacional devem restringir-se à aprovação das bases dos regimes jurídicos», sendo certo, porém, que este preceito, pela latitude dos seus termos, mais parecia uma norma liberal de um regime constitucional dualista que pretendia uma ampla esfera da acção para o Governo do que propriamente um dispositivo contemplador da categoria específica das leis de bases.
O problema que se pode suscitar e já se suscitou (cfr. Parecer n.° 25/78 da CC, in *Pareceres,* Vol. 6, pp 263 ss), é o de saber se o Governo pode desenvolver as bases gerais de um regime jurídico fixado por lei anterior à entrada em vigor da Constituição. É claro que o Governo não pode desenvolver bases inconstitucionais ou revogadas pela entrada em vigor da Constituição. Não há aqui qualquer excepção aos princípios atrás referidos sobre a força normativa da Constituição relativamente ao direito pré-constitucional.
Outro problema consiste em saber se o Governo pode legislar sobre as matérias de base enquanto a Assembleia o não fizer. A resposta, como se diz no texto, é negativa quanto às matérias reservadas: se o Governo considerar urgente uma lei de bases ou apresenta uma proposta de lei à Assembleia ou solicita autorização (no caso de reserva relativa) para legislar sobre as próprias bases. Quanto às restantes matérias (não reservadas à AR) nada há que consti-tucionalmente impeça o Governo de fixar, através de decretos-leis, as bases de um regime jurídico, mas a solução não é razoável, pois o regime de bases pressupõe, em geral, uma competência concorrente, em que um dos órgãos é considerado mais apto para estabelecer as bases — a Assembleia — e o outro é considerado como o órgão idóneo para o desenvolvimento (o Executivo). Sobre as relações entre as leis de bases e os decretos-leis de desenvolvimento cfr. Parecer n.° 9/77, da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. I, p. 181; Parecer n.° 965/76, da Procuradoria-Geral da República, in *BMJ,* 270.° (1977). Ultimamente, o TC vem desenvolvendo uma doutrina que nos merece as mais sérias objecções. Por um lado, só será exigível lei de bases quando se trate de regime inovatório; por outro lado, basta existirem já princípios gerais sobre uma matéria, para ser dispensável a exigência de lei de bases. Através disto, o TC restringe sem qualquer base as competências constitucionais da AR e despreza dois princípios básicos de interpretação da norma constitucional: o princípio da conformidade funcional, pois, através desta interpretação, alarga-se a competência do Governo através de decretos-leis e mesmo através de regulamentos de execução; por outro lado, a invocação de princípios mais não é do que uma encapuçada tentativa de leitura da constituição a partir das leis-ordinárias. Diga-se ainda que esta fuga para os "princípios" longe de constituir um compreender "principiai" é tão só o ressurgimento do dogma da plenitude do ordenamento jurídico.

2. O sentido da prímariedade material das leis de bases relativamente aos decretos-leis de desenvolvimento

Embora as leis e os decretos-leis sejam actos legislativos de igual dignidade hierárquica, as leis adquirem, na forma de *lei de*

bases, uma *primariedade material e hierárquica* com a correspondente subordinação dos decretos-leis de desenvolvimento (cfr. artigos 115.72 e 201.71/c). As *bases* fixadas por lei da AR adquirem, deste modo, um carácter reforçado traduzido na *primariedade material e hierárquica* com a correspondente subordinação dos decretos-leis de desenvolvimento (cfr. artigo 115.72) e cujo alcance será aclarado no capítulo referente às estruturas de garantia e de controlo (cfr. *infra).* São dois os principais problemas referentes às relações entre as leis de bases e os decretos-leis de desenvolvimento: (1) o primeiro é o de saber se as leis de bases constituem sempre um parâmetro material superior vinculativo para os decretos-leis de desenvolvimento, ou se a *parametricidade* das leis de bases se impõe apenas nos casos de reserva de competência legislativa (absoluta ou relativa da AR); (2) o segundo é o de qualificar o vício resultante da desconformidade dos decretos-leis de desenvolvimento com o parâmetro superior das leis de bases. Relativamente ao primeiro problema, foram avançadas duas propostas interpretativas.

a) *Limitação do valor paramétrico e superioridade hierárquica das leis de bases às matérias de reserva absoluta ou relativa da AR.*

A retórica argumentativa desta posição [14] pode sintetizar-se da seguinte forma: (i) o princípio da tipicidade das competências constitucionais aponta no sentido de limitação da competência reservada aos casos previstos na Constituição; (ii) consequentemente, proíbe-se, do mesmo passo, a alteração das competências constitucionais, resultado a que se chegaria se a AR, mediante o recurso sistemático à lei de bases, fosse reduzindo o espaço de actuação do governo.

b) *Superioridade geral das lei de bases perante os decretos-leis.*

O teor de argumentação desta posição reconduz-se fundamentalmente a quatro tópicos[15]. Pela redacção do n.° 2 do artigo 115.° da CRP, introduzido pela LC n.° 1/82 (I.ª Revisão da Constituição), verifica-se que se pretendeu fixar constitucionalmente o valor reforçado das leis da AR e "consequente dependência normativa dos decretos leis nos dois casos aí individualizados: *a)* decretos-leis no

[14] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação XI ao artigo 115.°.

[15] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação XI ao artigo 115.°.

uso de autorização legislativa; *b)* decretos-leis de desenvolvimento das leis de bases gerais dos regimes jurídicos. Em relação a estas últimas (as únicas que agora nos interessam) não se estabeleceu na lei constitucional qualquer distinção entre: *a)* lei de bases em matérias abertas à intervenção legislativa do Governo e leis de bases reservadas à AR; *b)* lei de bases tipificadamente indicadas na Constituição (cfr. artigos 167.7/ e 168.7/, *g, v* e JC) e leis de bases fora da enumeração expressa da CRP. A estar correcta esta interpretação do artigo 115.72, deduz-se que a LC n.° 1/82 restringiu os poderes legislativos do Governo, cuja latitude, nos termos da redacção primitiva do texto de 1976, foi reconhecida como pouco compatível com um Estado de direito democrático e como demasiado influenciada pelo regime constitucional de 1933. A admitir-se a tese de limitação da superioridade paramétrica das leis de bases às matérias reservadas, significaria esvaziar de sentido o próprio princípio da superioridade das leis de bases, pois a superioridade da lei em matérias reservadas resultaria já do princípio da reserva de competência, não sendo então necessário acrescentar um princípio de hierarquia[16]. Dir-se-ia, de acordo com a nova tipologia de leis reforçadas, que as leis de bases da AR *seriam sempre leis reforçadas* em relação aos decretos-leis de desenvolvimento.

3. Vício resultante da violação dos parâmetros normativos das leis de bases

O segundo problema relaciona-se com a qualificação jurídico--constitucional do vício resultante da desconformidade dos decretos--leis de desenvolvimento com o parâmetro das leis de bases. O tema conexiona-se com a problemática do parâmetro de controlo e questões conexas da inconstitucionalidade e ilegalidade a debater em capítulo subsequente. Adiantar-se-á apenas que, mesmo a considerarem-se as bases gerais fixadas por lei como um parâmetro normativo superior em qualquer caso, é legítimo perguntar se não haverá diferença de

[16] Cfr. por exemplo, A. NADAIS / A. VITORINO / V. CANAS, *Constituição da República Portuguesa,* anotação ao artigo 115.°. A favor desta interpretação, cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 293, que retira ainda argumentos da nova redacção do artigo 229.°/l/c, «ao prever o desenvolvimento das leis de bases tanto sobre matérias reservadas como sobre matérias não reservadas à competência da Assembleia da República».

regime constitucional entre decretos-leis de desenvolvimento de leis de bases incidentes sobre matérias reservadas à AR e decretos-leis de desenvolvimento das leis de bases fora da reserva de lei formal. Subsiste o problema de saber se a *violação do parâmetro normativo* fixado por leis de bases era matéria de competência reservada da AR não justificará um controlo mais rigoroso do que aquele que é provocado pela *não subordinação* dos decretos-leis de desenvolvimento às bases gerais fixadas por lei em matéria concorrente da AR e do Governo. A resposta afirmativa no sentido de uma maior vinculação do Governo na emanação de decretos-leis de desenvolvimento nos casos de reserva de competência da AR resulta de várias considerações. Em primeiro lugar, diz-se que o Governo, em matéria de competência reservada da Assembleia, tem de se abster de intervir legislativamente nesses matérias, só lhe competindo editar decretos-leis de desenvolvimento *se* e *quando* a AR tiver fixado as bases gerais. A eventual inércia da AR poderá ser impedida pelo Governo através da iniciativa legislativa *{proposta de lei de bases)* ou através do pedido de *autorização legislativa* (mas aqui só em matérias de competência relativamente reservada). Se não adoptar qualquer destes instrumentos — o da iniciativa legislativa, apresentando uma proposta de lei de bases (art. 170.°), e o do pedido de autorização legislativa em matéria reservada (art. 168.71, 2, 3 e 4) — o Governo terá de aguardar a iniciativa legislativa dos deputados ou dos grupos parlamentares através de *projectos de leis de bases* e a consequente tramitação do processo legislativo atá à obtenção de um acto legislativo definitivo da AR. O Governo invadirá os domínios de competência da AR caso venha a editar decretos-leis sobre as matérias reservadas, sofrendo o diploma legislativo do Governo de *vício de incompetência* (expresso, entre outras coisas, na inconstitucionalidade orgânica e formal do decreto--lei). A heteronomia determinante das leis de bases em matérias reservadas à AR resulta logo das próprias normas constitucionais de competência, podendo dizer-se que, nestes casos, para além de eventual *ilegalidade* (desconformidade dos decretos-leis de desenvolvimento com o parâmetro material fixado na lei de bases), existem sempre os *limites* constitucionais de *competência* a impor um controlo mais acentuado relativamente aos decretos-leis de desenvolvimento em matérias reservadas à AR. As leis de bases são uma *directiva material* e um *limite de competência* em matérias reservadas, ao passo que em matéria não reservada são *directivas materiais com valor reforçado, mas não limites de competência.* Consequentemente, no primeiro caso, existe uma violação directa da Constituição; no segundo caso infringe--

-se a regra constitucional da subordinação dos decretos-leis de desenvolvimento às leis de bases (art. 115.72), mas não se viola directamente qualquer norma constitucional (cfr. *infra).* De forma directa, viola-se, sim, o parâmetro de uma lei com valor reforçado (ilegalidade).

4. Sentido da primariedade das leis de bases relativamente aos decretos legislativos regionais de desenvolvimento

Embora fossem discutíveis em face do texto originário e do texto revisto em 1982 [17], os decretos legislativos regionais de desenvolvimento estão agora (depois da 2.ª revisão constitucional) consagrados *expres-sis verbis* na Constituição (CRP, artigo 229.7c). Com efeito, as assembleias legislativas regionais têm competência para (CRP, artigo 234.°):

(1) desenvolver, em função do interesse específico das regiões, as leis de bases em matérias não reservadas à Assembleia da República (CRP, artigo 229.7c, segmento 1);

(2) desenvolver certas leis de bases de competência legislativa relativa da Assembleia da República (CRP, artigo 229.7c, segmento 2, e artigo 168.7/ *g,n,ve x).*

Através desta possibilidade de desenvolvimento de leis de bases[18] confere-se às assembleias legislativas regionais um poder de actuação e concretização justificado pela necessidade de adaptar as bases gerais dos regimes jurídicos ao *interesse específico* da região. Note-se, porém, que não existindo aqui qualquer delimitação material de competências constitucionalmente estabelecida, as normas regionais de desenvolvimento dependem da iniciativa do legislador nacional e do maior ou menor grau de concretização por este conferido às leis de bases. Daí que os decretos legislativos de desenvolvimento estejam subordinados às bases, podendo apenas actuar, desenvolver, integrar, *secundam* ou *praeter legem,* mas nunca *contra legem.*

[17] cfr. Ac. TC n.° 326/86, de 25/11/86, DR, II, 18/11/86.

[18] O artigo 229.°/c, segmento 1, suscita, desde logo, o problema de saber se as bases são fixadas por lei geral da República — o que incluirá bases fixadas por decretos-leis — ou se estamos sempre perante hipóteses de bases constantes de lei formal da AR.

O poder de desenvolvimento legislativo regional das leis de bases é, no entanto, um poder constitucionalmente garantido, não estando facultado ao legislador nacional excluí-lo ou admiti-lo.

D I *LEIS DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA* **1. Considerações de natureza dogmática**

Um outro tipo de leis em relação ao qual a doutrina costumava questionar a sua natureza jurídica é constituído pelas chamadas *leis de delegação* ou *autorização*[19]. Mediante estas leis, o órgão legislativo (poder legislativo) habilita ou autoriza o órgão executivo a emanar actos normativos com força de lei.

Antes de nos debruçarmos sobre alguns problemas pontuais do direito constitucional positivo, começaremos por aludir a algumas questões de natureza jurídica-dogmática relativas às leis de delegação.

a) *Natureza formal ou material*

Relativamente ao problema da *natureza meramente formal ou formal--material* das leis de autorização ou de delegação, julga-se superada a velha doutrina germânica segundo a qual estas leis deveriam ser qualificadas como meramente formais, porque não continham verdadeiras normas jurídicas, isto é, normas gerais e abstractas, válidas no confronto de todos os sujeitos, permanecendo com um conteúdo meramente interno, insusceptível de ser invocado perante os juizes, e praticamente submetido ao jogo das forças políticas.

Hoje, quando os autores propendem para esta qualificação, invocam não já os efeitos meramente internos, mas o facto de os efeitos se verificarem só depois da entrada em vigor da lei delegada. As *leis de delegação* começariam por ser *leis formais sobre a produção jurídica* para se transformarem em *leis substanciais de produção* depois da emanação da lei delegada[20]. Parece-nos de rejeitar esta tese das leis meramente formais, mesmo na formulação matizada que acabamos de expor, porque a caracterização das leis de delegação não deve estar dependente da sua actuação pela lei delegada. A lei de delegação não tem

[19] Sobre o tema da delegação legislativa cfr. Garcia de Enterria, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial,* Madrid, 1970, pp. 53 ss; Lignola, *La delega legislativa,* Milão, 1956; Cervati, *La delega legislativa,* Milão, 1972; M. Patrono, *Le leggi delegata in parlamento. Analisi comparata,* Padova, 1981. Entre nós, cfr., por último, Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* p. 455 ss.

[20] Assim, precisamente, Lavagna, *htituzioni,* cit., p. 315.

uma natureza diversa das outras leis, acontecendo apenas que as suas normas são formuladas pelo órgão parlamentar para serem aplicadas juntamente com a emanação de leis delegadas.

b) *Natureza jurídica da autorização*

A querela mais importante suscitada pelas leis de delegação reside na questão de se saber qual a verdadeira natureza jurídica da delegação. Trata-se de *transferência* de poderes de um órgão para outro? Haverá verdadeira transferência de competências ou apenas uma delegação de matérias? Em vez. de se falar de delegação não será mais apropriado falar de *autorização* ou de *substituição'}* Nestas interrogações vão pressupostas algumas posições doutrinais[21].

A doutrina menos recente considerava a delegação legislativa como uma *transferência* temporária do poder legislativo, ou, pelo menos, do seu exercício, para o poder executivo.

Contra esta posição foram movidas pertinentes críticas. Em primeiro lugar, não se distingue, no campo do direito constitucional, entre *titularidade* e *exercício* de um poder: o poder é atribuído em função da concreta possibilidade de exercício[22]. E também não se pode confundir a delegação legislativa com outros institutos típicos do direito privado: a *representação* e o *mandato*[23]. De representação não se pode falar porque falta, desde logo, a transferência dos efeitos jurídicos da esfera do representante para o representado. Tão-pouco se trata do *mandato,* porque não se pode dizer que o Governo seja chamado a exercitar uma actividade por conta e no interesse do parlamento, até porque o interesse público que está na base da delegação é um interesse superior ao dos órgãos em questão. Inapropriada também a analogia com o instituto privatístico da subrogação *{delegatio solvendi* e *delegatio promitendi)* que implica a substituição do devedor por outra pessoa que assume em nome próprio as obrigações frente a terceiro ou efectua a favor deste uma determi nada prestação. Rejeita-se, igualmente, a similitude com a *delegação de atribuições* de direito administrativo (delegação de funções ou atribuições de órgãos superiores a favor dos inferiores). A delegação de funções é uma questão organizatória que se efectiva no interesse da própria administração, enquanto a delegação legislativa pressupõe, desde logo, dois centros de poder totalmente distintos — parlamento e governo.

Em face das objecções precedentes, tentou caracterizar-se a delegação como uma *condição de substituição* no exercício de determinado poder, não implicando, por isso, qualquer transferência ou autorização. Independente mente de quaisquer outras considerações, parece não ser aceitável que se considere o Governo como *substituto institucional* do Parlamento com a conse-quente possibilidade de desempenhar funções tipicamente parlamentares.

[21] Cfr. Crisafulli, *Lezioni,* cit., Vol. II, p. 80; Cervatí, *La delega,* cit., pp. 109 ss.

[22] Cfr. Lavagna, *Istituzioni,* cit., p. 310; Jorge Miranda, *«Decreto»,* separata do *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* p. 21.

[23] Uma análise detalhada da comparação do instituto da delegação legislativa com outros institutos de direito público e privado é feita por Garcia de Enterria, *Legislación Delegada,* cit., pp. 98 ss.

Uma outra teoria a que se não deixam de se assinalar também bases pri-vatistas, mas que se aproximaria mais da realidade do fenómeno da delegação é a *teoria da autorização (Ermãchtigung).* No direito civil entende-se por autorização a manifestação de vontade pela qual uma pessoa (autorizante) permite a outra a realização, em nome próprio, mas sobre a esfera jurídica do autorizante, de um acto material ou de um negócio, que, sem a referida autorização, seria ilícito por significar uma ilegítima invasão da esfera jurídica alheia. A autorização remove um obstáculo ao exercício do poder que o autorizado eventualmente já possui. Importante é anotar que na figura autorização avulta não a relação pessoal autorizante-autorizado mas a incidência dos efeitos do negócio autorizativo na esfera patrimonial do autorizante. Ora, também na delegação legislativa encontraríamos as notas distintivas da autorização. Aqui se notará também o carácter objectivo da autorização, porque, como intuiu certeiramente M. Hauriou, a delegação é uma *delegação de matérias,* abandonando o parlamento matérias que fazem parte da sua competência reservada à regulamentação do Executivo.

O Executivo ao legislar sobre matérias reservadas do parlamento age em nome próprio.

Julgamos ser esta última construção a que se coaduna com a nossa actual arquitectura constitucional. O art. 168.71, ao estabelecer a reserva de competência legislativa, mostra já que se trata de uma *reserva de matérias* («É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes *matérias»);* o art. 168.72 fala expressamente de *autorizações legislativas.* O Governo ao fazer uso das autorizações legislativas não recebe poderes legislativos da Assembleia da República, até porque no nosso sistema constitucional o Governo é dotado de competência legislativa ordinária; ao emanar decretos-leis sobre matérias reservadas à competência da Assembleia da República, o Governo age em nome próprio e não em nome da Assembleia da República[24].

2. Leis de autorização e leis de bases

As leis de autorização devem distinguir-se das leis de bases estudadas no número anterior, não obstante existirem algumas semelhanças entre elas. Refiram-se, em primeiro lugar, as afinidades entre os dois tipos de leis: (1) nenhuma delas esgota a regulamentação legislativa da matéria sobre que versam, carecendo de ulterior intervenção legislativa do Governo; (2) ambas delimitam e condicionam a área de intervenção legislativa do Governo e a sua liberdade de conformação.

As diferenças entre as leis de bases e as leis de autorização recon-duzem-se, por sua vez, aos seguintes aspectos: (a) enquanto a lei de bases altera ela mesma a ordem jurídica, estabelecendo as bases de determinado domínio jurídico, a lei de autorização embora contenha ja

[1] Cfr. Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 468.

verdadeiras normas jurídicas com efeitos externos, intervém atenuada-mente no ordenamento jurídico, visando, sobretudo, autorizar tal intervenção (cfr., porém, *infra,* n. 3); (b) enquanto a lei de bases fica apenas suspensa do desenvolvimento legislativo por parte do Governo, a lei de autorização caduca se não for utilizada ou esgota-se nessa utilização; (c) a lei de autorização habilita o Governo a legislar apenas uma vez sobre o assunto, ficando-lhe vedado renovar a intervenção legislativa na matéria (salvo nova autorização), enquanto que no caso da lei de bases o Governo pode livremente modificar o desenvolvimento legislativo que deu à lei; (d) enquanto só pode haver leis de autorização em matérias pertencentes ao domínio relativamente reservado da AR, as leis de bases podem surgir em qualquer domínio legislativo, salvo, naturalmente, nas matérias cuja competência legislativa é reservada à AR em toda a sua extensão (e não apenas quanto às bases do respectivo regime jurídico); (e) a lei de autorização é um requisito da intervenção legislativa do Governo na área da competência reservada da AR, enquanto que a lei de bases só é pressuposto da actividade legislativa do Governo quando versar matéria pertencente àquela área[25].

3. Natureza jurídico-constitucional das leis de autorização

As leis de autorização têm um carácter *normativo-material.* Não se trata, pois, de simples «normas sobre a produção jurídica» ou de normas «organizatório-competenciais». Embora possuam uma força activa atenuada, pois a sua dinâmica densificadora depende da emanação de decreto-lei ou decreto legislativo regional autorizados, elas contêm ou podem conter disposições de carácter material — inovador ou simplesmente revogatório —, alterando o ordenamento pré-existente[26]. Por

[25] Precisamente nestes termos, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA *Constituição da República,* anotação ao art. 115.°

[26] Cfr. F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento Giuridico - Pluralità degli Ordina-menti,* Milano, 1985. Entre nós, cfr. GOMES CANOTILHO / JORGE LEITE, *A Inconstitu-cionalidade da lei dos despedimentos,* Coimbra, 1988, p. 69; JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 472. No plano jurisdicional, cfr. Ac TC 107/88, DR, I, 21-6-88, *(«Caso do pacote laborai»)* e Ac. TC 64/91 *(«Caso do novo Pacote laborai»),* em que se adere à natureza material das leis de autorização e se extraiem consequências jurídico-constitucionais que se nos afiguram correctas. Cfr., Porém, em sentido divergente os votos de vencido dos referidos acórdãos que, enca-puçadamente, restauram a velha teoria de leis meramente formais. No sentido criticado no texto cfr. BARBOSA DE MELO "Discussão pública pelas organizações de trabalhadores das leis de autorização legislativa", RDES, Ano XXXI (1989), p. 533 ss.

outro lado, o carácter de materialidade das leis de autorização conexiona--se com os seus *efeitos externos,* pois a autorização legislativa deve tornar previsível e transparente para o cidadão as hipóteses em que o Governo ou a assembleia legislativa regional farão uso da autorização e ainda o conteúdo (objecto, sentido, extensão, alcance) que, com fundamento na autorização, virão a ter as normas autorizadas.

4. O objecto das leis de autorização

A concessão de autorizações legislativas integra-se na competência legislativa da AR. Por isso, também as autorizações legislativas devem, em princípio, coincidir com o *objecto próprio da função legislativa do Parlamento.* Além de estarem excluídas desta função as funções de fiscalização ou de controlo, que são indelegáveis (cfr. arts. 165.° e 166.°), subtraem-se também ao poder de autorização as matérias de competência *política* (art. 164.°), mesmo quando a forma de exercício desta competência é a forma de lei. Dada a configuração do instituto da autorização, deve afastar--se a hipótese de leis de autorização versando sobre matérias não reservadas.

Discute-se também se não deverá ser excluída do objecto das leis de autorização a emanação de *leis de medida,* já que, neste caso, haveria apenas a manifestação de uma *função legislativa aparente.* As leis de medida, incidindo directa e concretamente na esfera jurídica do particular, seriam, no fundo, actos administrativos, razão pela qual seria absurdo que fosse objecto de autorização a prática de actos que competiam institucionalmente ao Governo. O problema foi discutido na Itália quando foram aprovadas as primeiras leis referentes à reforma agrária *{«legge Sila»* e *«legge Stralcio»),* em 1950, nos termos das quais o parlamento delegava ao governo a faculdade de, através de leis delegadas, determinar a ocupação, transferência e expropriação de terrenos[27].

A função legislativa é, entre nós, objecto de uma qualificação formal, não havendo quaisquer limites quanto ao seu conteúdo normativo. As leis com um conteúdo concreto e individual são admissíveis e, consequentemente, nada impede a delegabilidade ou autorização de leis deste tipo ao Governo.

[27] Sobre o problema de delegação legislativa através de leis de medida cfr. CHELI, *Potere Regolamentare e Strutura Costituzionale,* Milão, 1967, p. 290, CERVATI, *La delega,* cit., p. 180; LAVAGNA. *htituzioni,* cit., p. 319.

5. Os destinatários das autorizações legislativas

O destinatário[28] das autorizações legislativas é o *governo* (em plenitude de funções e não mero governo de gestão) e não quaisquer outras pessoas ou órgãos. Neste sentido, será inconstitucional qualquer autorização legislativa a favor do Primeiro Ministro, do Conselho de Ministros, ou de qualquer Ministro considerado isoladamente (cfr. arts. 168.74 e 201.71, b).

Destinatários de autorizações legislativas podem ser ainda (depois da revisão de 1989) as assembleias legislativas regionais (CRP, art. 234.71, conjugado com o art. *229.°lb).* Todavia, aqui trata-se de autorizações incidentes não sobre matérias da reserva relativa (como no caso das autorizações ao Governo), mas de «matérias de interesse específico para as regiões que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania» (CRP, art. 229.7/?). Em rigor, as chamadas "autorizações legislativas" às assembleias regionais visam apenas permitir a estas a não observância de certos limites decorrentes de leis gerais da República.

Embora não haja qualquer norma constitucional expressa, são de considerar constitucionalmente ilegítimas *subdelegações legislativas,* pois estas não só contrariam o clássico princípio da indelegabilidade de poderes delegados *(delegatus non potest delegare),* como violam o princípio fundamental das constituições rígidas segundo o qual a delegação do poder legislativo deve ser expressamente consentida pela Constituição (cfr. arts. 114.72 e 115.7 5, e Ac TC 82/86, DR, 1, 2-4-86).

6. Limites das autorizações legislativas 6.1. ***Limites materiais***

As Constituições costumam estabelecer limites materiais ao exercício das autorizações legislativas, impondo, desde logo, um *con-*

[2S] E não só destinatário, pois é ao Governo e não à AR que compete a iniciativa legislativa da autorização. A AR não pode de *motu próprio* conceder autorização. Por isso. afigura-se-nos constitucionalmente claudicante a posição do Tribunal Constitucional no sentido de *autorizações legislativas implícitas* (através de fórmulas como «O Governo estabelecerá», «deverá o Governo»). Estas fórmulas não são autorizações são «votos políticos» que o Governo poderá ou não aceitar. Só nesse sentido — juridicamente irrelevante —, mas politicamente significativo, serão aceitáveis as referidas «autorizações legislativas implícitas». Cfr. Acs. TC 48/84, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional,* vol. 3, p. 7 ss., e 461/87 in DR I. 15-1-88.

teúdo mínimo às próprias leis de delegação. Um destes limites materiais consiste na exigência de as leis de autorização *definirem* o objecto da autorização (cfr. art. 168.°/2). Resta saber em que é que consiste a definição do objecto. Segundo alguns autores, «objecto definido» significaria tão-somente a proibição da concessão de plenos poderes ou de uma autorização geral a favor do Governo para legislar sobre todas as matérias reservadas à competência do órgão parlamentar[29]. Todavia, se as autorizações legislativas não querem limitar--se a cheques em branco, necessário se torna especificar o objecto da autorização, e não indicar apenas, de um modo vago, genérico ou flutuante, as matérias que irão ser objecto de decretos-leis delegados *{princípio da especialidade das autorizações legislativas).* Como se diz no direito norte-americano, a lei de autorização deve conter os princípios básicos da política *(basic policy standards)* e não apenas *standards* vagos *(great standards)*[30].
A CRP, ao contrário de outros ordenamentos[31], não exigia expressamente, na redacção originária, a determinação dos princípios orientadores do Governo na emanação das leis delegadas, o que não impedia a Assembleia da República de enunciar nas leis de delegação *um mínimo* de directivas ou princípios. Estes princípios teriam a finalidade de precisar ainda melhor as exigências do legislador quanto à definição do objecto da autorização legislativa. As limitações materiais são compreensíveis, pois trata-se de matérias cuja disciplina pertence exclusivamente à Assembleia da República, não devendo esta, a solicitação do Governo, demitir-se pura e simplesmente das suas responsabilidades, e confiar-lhe uma discricionariedade total na emanação de leis delegadas.

[29] Cfr. Lavagna, *Istituzioni,* cit., p. 319; Mortati, *Istituzioni,* cit., p. 582; Virga, *Diritto Costituzionale,* cit., p. 371.

[30] Cfr. M. Patrono, *Le leggi delegata in Parlamento,* Padova, 1981, p. 30 ss. Entre nós, cfr. Sérvulo Correia, *Legalidade,* cit., p. 54 ss.

[31] Exs.; Constituição italiana, art. 76: «O exercício da função legislativa não pode ser delegado ao Governo a não ser com *determinação dos princípios* e *critérios directivos* e apenas por tempo limitado e objecto definido»; Constituição da Republica Federal Alemã, art. 80.°: «O Governo federal, um ministro federal ou os Governos dos *Lander* podem ser autorizados por uma lei para editarem regulamentos jurídicos. A lei deverá *determinar o conteúdo, o fim e a extensão das referidas autorizações»;* Constituição Francesa de 1958, art. 38.°: «O Governo pode, para a *execução do seu programa,* pedir ao Parlamento autorização para adoptar, mediante «ordonnances», durante um prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei».

Uma outra espécie de limites substanciais foi já anotada: a de não poder incidir sobre matérias necessariamente reguladas por *lei formal,* isto é, matérias enquadradas na *reserva de lei de Assembleia.* Trata-se de matérias de especial sensibilidade política, cuja regula mentação deve ser atribuída exclusiva e indelegavelmente ao Parla mento (cfr. arts. 164.° e 167.°). Também não será objecto de autorização a emanação de actos que a Assembleia pratica em forma diversa da lei (moções ou resoluções) e que são da sua exclusiva competência: nomeação de comissões parlamentares, nomeação do Provedor de Justiça (cfr. arts. 23.73 e 166.°); eleição dos membros do Tribunal Constitucional e de outros órgãos constitucionais (cfr. art. 166.7/); pronunciação sobre a dissolução dos órgãos das Regiões Autónomas (cfr. arts. 166.7g e 236.°).

6.2. *Limites temporais*

Fixa-se a data final *(dies ad quem),* decorrida a qual decai o poder do Governo em legislar sobre as matérias, objecto da autorização legislativa. É questionável, porém, se os limites temporais, indicados na lei de delegação, implicam a própria publicação do decreto legislativo no *Diário da República,* ou se basta a promulgação pelo Presidente ou até a simples aprovação pelo Conselho de Ministros[32]. As três posições têm merecido aprovações e críticas, parecendo, porém, prevalecente, a tese da não exigência da publicação dentro dos limites temporais fixados pela lei delegação. Argumenta-se neste sentido com o facto de a publicação ser um acto sucessivo estranho ao exercício da autorização legislativa, além de a publicação ser hoje (depois da LC n.° 1/82) uma mera condição da eficácia da lei e não um requisito de existência. Militaria a favor da última posição ou, seja, a suficiência da simples aprovação dos decretos-leis pelo Governo, fazendo uso das autorizações legislativas, o facto de que tal como uma lei se considera aprovada depois da sua aprovação pelo órgão parlamentar, também o decreto-lei do Governo, no exercício de autorizações legislativas, se consideraria perfeito com a simples aprovação pelo Governo[33]. Toda-

[32] Uma breve resenha destas posições encontrar-se-á em Mortati, *Istituzioni,* cit., Vol. II, p. 581.

[33] Para uma ilustração prática dos problemas que se podem suscitar a este respeito cfr. Parecer n.° 5/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. II, PP. 130 ss.

via, a simples aprovação não é condição suficiente de existência de um acto legislativo. A favor da exigência da publicação no DR pode invocar-se que sem ela não é susceptível de controlo público a data do diploma. Pelo menos, seria então de exigir que, para o Governo não cometer a fraude de «antedatar» diplomas, se tivesse em conta o momento de recepção pelo Presidente da República para efeitos de promulgação (cfr. Ac TC 400/89, DR II, 14-9-89). Líquido parece, porém, ser já a inadmissibilidade de decretos-leis anteriores à publicação da lei de autorização ou posteriores à cessação da sua vigência: (1) no primeiro caso são inconstitucionais porque não podem reclamar--se de uma lei de autorização com eficácia externa, não sendo admissível qualquer convalidação *a posteriori;* (2) no segundo caso existe claramente falta de autorização, sendo este vício insusceptível de sanação (inclusive por lei posterior).

6.3. *Cessação da autorização*

A lei de autorização, para além dos limites temporais assinalados no número anterior, pode esgotar a sua relevância jurídica por três motivos: (1) utilização dela pelo Governo; (2) revogação pela AR; (3) caducidade pelas razões enunciadas no art. 168.°/4.

Relativamente à *utilização,* vigora no direito constitucional português o *princípio da irrepetibilidade:* o Governo não pode utilizar a autorização mais do que uma vez, estando-lhe igualmente vedada a revogação, alteração ou substituição[34]. O princípio da irrepetibilidade pressupõe a eficácia jurídica do decreto-lei autorizado e daí a possibilidade de o Governo poder editar outro decreto-lei, observados que sejam os limites da autorização, quando o primeiro não chegar a entrar em vigor no ordenamento jurídico (ex.: por motivo de veto).

O princípio da irrepetibilidade também não significa proibição de *utilização parcelar* da autorização. Consiste esta em o Governo editar vários decretos-leis, simultâneos ou sucessivos (mas não sobreponí-veis) que utilizem parcialmente a autorização.

Relativamente à *revogação* da autorização considera-se, em geral, que o órgão parlamentar pode *revogar* a autorização legislativa, com base na qual o Governo estava legitimado a emanar decretos-leis

[34] A afirmação é válida mesmo para a hipótese de os limites *ad quem* nao terem sido atingidos.

sobre matérias de exclusiva competência daquele órgão[35]. Esta revogação deverá ser feita de forma expressa e mediante um acto igual ao da autorização (lei). Se a AR editar leis durante o período de autorização, regulando directamente as matérias, objecto de autorização, isso significará que cessou a causa de autorização, ficando o Governo impedido de continuar a fazer uso das autorizações legislativas (revogação implícita ou tácita)[36].

Finalmente, a *caducidade* da autorização deriva da verificação de qualquer dos eventos enunciados no art. 168.° ss. A lei de autorização pode ser configurada como uma lei que vale independentemente da estrutura pessoal ou das transformações dos órgãos delegante e delegado. A autorização poderia, por hipótese, ser dada ao Governo como órgão, institucional e objectivamente entendido, e não a um Governo compreendido em termos subjectivos. Mas também se pode considerar que a lei de autorização comporta uma *relação fiduciária* entre o órgão parlamentar e o Governo, motivo pelo qual a autorização caduca com a alteração de qualquer destes dois órgãos. O regime constitucional português aproxima-se desta última perspectiva. O art. 168.°/4 é explícito ao estabelecer a *caducidade* das autorizações legislativas sempre que se verifique a demissão do Governo, o termo da legislatura ou a dissolução da Assembleia da República.

Antes da revisão constitucional de 1989 era discutível se o regime geral das autorizações legislativas do art. 168.°/4 se aplicava às autorizações inseridas na lei orçamental. A favor de uma diferenciação de regimes conducente, em último termo, a furtar ao princípio da caducidade as autorizações orçamentais cfr. Cardoso da Costa, *Sobre as Autorizações Legislativas da Lei do Orçamento,* cit., pp. 23 ss. Cfr., também, *Parecer* n.° 5/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. 10.°, pp. 129 ss. A doutrina que se julgava mais coerente com o regime constitucional era, porém, a da inadmissibilidade de autorizações legislativas especiais. Cfr., neste sentido. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art 168.°, mas, em sentido diverso, Jorge Miranda, «Autorizações legislativas», in *RDP* 2/1986, p. 20. Todavia, depois da revisão constitucional de 1989, as autorizações legislativas orçamentais mereceram consagração expressa no texto da constituição (CRP, art. 168.°/5). Sobre o seu regime cfr. Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 487 ss.

[35] Cfr. Lavagna, *Istituzioni* cit., p. 314; Mortati, *Istituzioni* cit., p. 583. Entre nós, cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* cit., anotação ao art. 168.° Note-se, porém, que a CRP não fala em revogação de autorização. Entende, porém, a doutrina que quem pode conceder também pode retirar.

[36] Cfr. também Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos,* cit., p. 478. Na doutrina espanhola cfr. de Otto, *Derecho Constitucional,* cit., p. 188.

7. Leis de autorização e decretos-leis autorizados

7.1. *O decreto-lei regulador de matérias reservadas como acto legislativo dependente*

Embora o decreto-lei regulador de matérias reservadas seja considerado como um acto legislativo, alguns autores consideram estes decretos como sendo *actos legislativos subprimários* para expressar o o vínculo da subordinação da legislação delegada em relação aos princípios estabelecidos pelo legislador delegante[37]. Este carácter subordinado dos decretos-leis no uso de autorização legislativa é hoje constitucionalmente indiscutível (art. 115.°/2, aditado pela LC n.° 1/82). Mas é excessivo e constitucionalmente desconforme reduzi-los a actos legislativos subprimários, dada a competência legislativa normal do Governo no ordenamento português.

Além da subordinação hierárquica ao parâmetro das leis de autorização, os decretos-leis autorizados são actos legislativos condicionados ainda num outro sentido: estão subtraídos à disposição do poder legislativo do Governo que não os pode revogar ou alterar sem nova autorização legislativa.

7.2. *Excesso ou defeito de autorização*

Dada a relação de conformidade que deve existir entre o parâmetro superior representado pela «lei autorizante» e o decreto-lei que faz uso das autorizações legislativas, a doutrina tem identificado os *vícios* dos decretos-leis emanados em violação da lei de autorização: (1) ou se trata de *excesso de delegação ou autorização* pela não observância dos limites materiais da lei de autorização; (2) de *defeito de autorização,* considerando-se, nesta última hipótese, que o decreto--lei do Governo foi emitido para lá do termo fixado pela lei de autorização ou incidiu sobre uma matéria de competência reservada sem que tenha havido qualquer autorização legislativa; (3) de *defeito de autorização* resultante da falta de menção expressa[38], pelo decreto-

[37] Cfr. MORTATI, *htituzioni,* cit., Vol. 11, p. 583.

[38] Só podem considerar-se como decretos-leis autorizados aqueles que se reclamem como tais, mencionando expressamente a lei de autorização em que se baseiem. Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* cit., anotação XXXVII ao art. 168.° e anotação V ao art. 201.°

-lei, da respectiva lei de autorização (cfr. art. 201.73). A qualificação jurídica destes vícios reconduz-se à *ilegalidade* na hipótese (1) e à inconstitucionalidade nas hipóteses (2) e (3). Cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 27, B, II.

7.3. *Invalidade consequencial ou sucessiva*

Outro problema suscitado pela consideração da lei de delegação ou autorização como *limite constitucional da legislação delegada* está em saber se a invalidade da lei delegante implicará invalidade da lei delegada (fala-se aqui de *invalidade consequencial ou sucessiva)*[39]. O decreto-lei autorizado fundado sobre uma lei de autorização inconstitucional é também um acto legislativo inconstitucional, embora seja discutível se a declaração de inconstitucionalidade da lei de autorização opera automaticamente a invalidade do decreto-lei autorizado. Assim, se a lei de autorização é aprovada pela AR em reunião de comissão ou comissões parlamentares e não em plenário, ou se a lei de delegação não fixa qualquer prazo para o exercício de autorização legislativa, o decreto-lei é afectado pelos vícios da inconstitucionalidade da lei delegante. Todavia, como se trata, apesar de tudo, de um acto legislativo autónomo, é necessária a declaração expressa da inconstitucionalidade do próprio decreto-lei autorizado[40].

O TC, no Ac 76/85 *«caso da propriedade das farmácias»,* in DR 11, de 11/2/85, e *Acórdãos do Tribunal Constitucional,* vol. 5, p. 207 ss), embora não tendo em vista, concretamente, os decretos-leis autorizados, considerou já que «no domínio das chamadas inconstitucionalidades consequentes» o Tribunal «delas deverá conhecer quando a sua enunciação embora não expressamente explicitada, resulta de todo indissociável de uma apreciação global do pedido».

E I *AS LEIS ESTATUTÁRIAS* **1. Os estatutos como leis formais da AR**

Leis estatutárias são as leis da Assembleia da República que aprovam os estatutos politicos-administrativos das regiões autónomas

[39] Cfr. CERVATI, *La delega,* cit., p. 215, nota 34.

[40] Cfr. GARCIA DE ENTERRIA / RAMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo,* Vol. 1, pp. 120 ss; ANGELO RODRIGUEZ, «El Control de Constitucionalidad y Legislación Delegada», in *El Tribunal Constitucional,* Madrid, 1981, Vol. 1, pp. 509 ss.

(e o estatuto do território de Macau). Os *estatutos* das regiões autónomas, embora constituam a primeira das funções regionais, não se podem considerar, em face da CRP (artigo *\6A.°lb* e *c,* 228.° e 229.71/e), como uma *lei regional.* Não obstante pertencer às assembleias legislativas regionais a elaboração dos projectos, podendo dizer-se que há uma *reserva de iniciativa legislativa* a favor das Regiões Autónomas, é a Assembleia da República que discute (cfr. artigo 228.73) e aprova os estatutos através de uma lei. Daí que não se possa falar de *autonomia estatutária* das Regiões Autónomas. A lei de aprovação dos estatutos não é uma lei meramente formal de aprovação, pois a Assembleia da República pode rejeitar o projecto e introduzir-lhe emendas, exercendo assim uma actividade substancialmente legislativa (cfr. artigo 228.72)[41]. Rejeita-se, desta forma, quer a caracterização dos estatutos regionais como leis regionais, atribuindo à lei de aprovação *uma função integrativa de eficácia,* quer a caracterização como *actos complexos,* onde confluem um acto estadual e um acto regional, com prevalência da vontade estadual ou regional, conforme as perspectivas dos autores[42].

[41] Na doutrina italiana, considera-se, umas vezes, a lei de aprovação de estatutos como uma lei meramente formal porque, segundo a Constituição italiana, a aprovação parlamentar não implica quaisquer poderes de reforma ou de emenda directamente exercidos pelas Câmaras (assim, LIVIO PALADIN, *Diritto Regionale,* 2." ed., Pádua, 1976, p. 48); outras vezes, considera-se como uma lei substancial, porque é a lei de aprovação que dá eficácia legislativa ao estatuto (neste sentido cfr. VIRGA, *Diritto Costituzionale,* cit., p. 421). Entre nós, aproxima-se do regime italiano o estatuto de Macau que não é uma região autónoma, nem sequer faz parte do território nacional (cfr. artigo 5.°/4). Trata-se de um território sob administração portuguesa, mas em que o respectivo *estatuto especial* depende sempre da vontade dos respectivos órgãos. Na realidade, não só a iniciativa legislativa compete exclusivamente aos órgãos legislativos de Macau — Assembleia Legislativa de Macau ou Governador de Macau —, mas também as alterações eventualmente introduzidas pela Assembleia da República carecem de concordância destes órgãos, o que não acontece no caso dos estatutos regionais (cfr. artigos 164.°, alínea *c)* e 292.° da Constituição, e L 13/90, de 10 de Maio — Estatuto Orgânico de Macau — artigo 11.72//, e Lei n.° 53/79, de 14 de Setembro).

[42] A favor da caracterização do estatuto como autêntica lei regional veja-se na doutrina italiana e para as regiões italianas, nos termos constitucionalmente prescritos, BiscARETTi DI RUFHIA, *Diritto Costituzionale,* cit, p. 663.°; LAVAGNA, *htituzioni,* cit., p. 270; VIRGA, *Diritto Costituzionale,* cit., p. 421. A favor da consideração dos estatutos como actos que fazem corpo com as leis de aprovação, sendo portanto ^ imputáveis ao Estado, cfr. PALADIN, *Diritto Regionale,* cit., p. 54; DE SIERVO, *Glti statuti delle regioni,* Milano, 1974. É claro que a autonomia regional implica, alem <JÇl poderes legislativos próprios, uma certa autonomia política. Cfr., por exempl ,,,

2. A hierarquia normativa das leis estatutárias

Os estatutos ocupam uma posição hierárquica privilegiada no plano da hierarquia das fontes. Embora não tenham valor constitucional, eles devem considerar-se como *leis reforçadas* com valor paramétrico relativamente aos diplomas legislativos regionais (decretos legislativos regionais e decretos regulamentares regionais) e às restantes leis da república (cfr. artigos 280.72/6 e 281.71/c da CRP).

3. Âmbito normativo dos estatutos

Os estatutos são leis «organizatórias» das Regiões com competência material limitada nos termos do artigo 229.° da CRP. O seu âmbito normativo está estreitamente condicionado por esta natureza: na *reserva de estatuto* incluem-se as atribuições das Regiões Autónomas (artigo 229.°), a sua definição relativamente a outras pessoas colectivas territoriais (Estado, autarquias locais), formação, composição e estatuto dos respectivos titulares (artigo 233.75). «O Estatuto não é uma constituição, com amplitude potencialmente ilimitada, tem estrutura de lei ordinária, ainda que reforçada» (Jorge Miranda)[43]. Vejamos, porém, mais de perto alguns problemas levantados pelo âmbito normativo dos estatutos, em virtude de se tratar de actos legislativos de competência limitada.

a) *As normas-princípio e normas-fim estatutárias*

Não obstante os estatutos não se poderem considerar «constituições» sucede que, não raro, eles se arrogam o direito de inserir «normas de princípios» (programáticas, fim). Nuns casos, repetem normas constitucionais, mas esta técnica está longe de ser apropriada, pois traduz-se na repetição, em normas de grau inferior, de princípios já consagrados em normas de grau superior, designadamente na Cons-

Salvia, *Leggi provedimento e autonomia regionale,* Pádua, 1977. Entre nós. cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao artigo 228.°; Jorge Miranda, *Manual,* III, p. 192.

[43] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao artigo 228.°; Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., P- 302; «Estatuto da Região Autónoma da Madeira e eleição da Assembleia Regional. Anotação ao Acórdão n.° 183.°/89 do TC», in *O Direito,* ano 121. 1989, II, p. 355 ss. No plano jurisprudencial, cfr. Ac TC 92/92. DR, I, 7-4.

tituição. Noutros casos, recolhem-se, nos estatutos, princípios, fins ou tarefas diferentes dos consagrados na Constituição. Qual o valor de normas-fim-princípio e tarefa numa lei organizatoria? Estas normas serão inconstitucionais se contrariarem as normas constitucionais (mesmo as normas-fim ou normas-tarefa, como por exemplo, os artigos *9°* e 81.° da CRP), ou se, a pretexto da definição de princípios programáticos, deslocarem para as regiões competências constitu-cionalmente atribuídas aos órgãos de soberania. Todavia, os *fins* não se identificam necessariamente com *competências* e daí o problema de saber se, estando esses fins em consonância com a constituição, lhes deve ser atribuída qualquer dimensão vinculativa. Estando fora de causa a vinculação dos órgãos de soberania pelas normas progra-máticas estabelecidas nos estatutos, estas — a serem constitucionais —, só podem ter como efeito útil fixar certas tarefas como sendo de «interesse regional» ou de «interesse específico para as regiões». Quer dizer: às normas programáticas dos estatutos não devem reconhecer-se os mesmos efeitos jurídicos que atrás se atribuiram às normas-fim e normas-tarefa da Constituição. (Cfr. *supra,* Parte II, Cap. I)[44].

b) *As normas eleitorais*

Os estatutos regionais, ao estabelecerem a disciplina jurídica dos órgãos regionais, aproveitaram a ocasião para inserirem disposições referentes a matéria eleitoral, sobretudo quanto à delimitação dos círculos eleitorais da respectiva região. É mais que duvidosa a bondade constitucional de tal procedimento. A matéria eleitoral é *reserva de lei* (hoje, de lei orgânica: artigo 167.°/a da Constituição ou, melhor, reserva de lei formal de parlamento (artigo 167.7a e *j,* 139.73/c). Ela exige um tratamento unitário sugerido e imposto por várias regras e princípios constitucionais (CRP, artigos 49.°, 116.°, 167.7a *e j,* 139.73/c, 136.7& e 288.7/i), pelo que a inserção de matéria eleitoral

[44] Cfr. sobretudo a literatura italiana: V. CRISAFULLI, «Fonti di diritto» in Ene. Dir., Vol. XVII; PIZETTI, «Significato ed efficacia delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali», in *Le regioni: política o amministrazione?,* Milano, 1973; «Osservazioni sulle norme di principio contenuta negli statuti regionali», in *Giur. Cost,* 1971, p. 2870 ss; L. PALADIN, *Diritto Regionale,* cit.; BARBERA, *Regime e interesse nazionale,* Milano, 1974; SANTIAGO MUNOZ MACHADO, *Derecho Publico de las Comunidades Autónomas,* Madrid, 1982, p. 281 ss; ZAGREBELSKY, *// Sistema costituzionali,* cit, p. 245.

em lei estatutária se terá de considerar inconstitucional (inconstitucio-nalidade formal e material)[43].

O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de enfrentar esta questão nos AC n.° 183/88, DR, I, de 18-8-88, e AC n.° 1/91, DR, I, de 28-2-91, embora não se tenha pronunciado sobre o assunto. Mas já o Conselheiro António Vitorino no notável voto de vencido a este último Acórdão coloca a questão em termos impressivos: «Com efeito, o tratamento de matéria eleitoral nos estatutos político-administrativos aparece com um *cavalier* estatutário, com uma normação atraída pela vocação organizatória do estatuto, que só poderia nele figurar na precisa e estrita medida em que dessa integração estatutária não resultasse a derrogação de nenhuma norma constitucional, desde logo da norma que confere aos deputados, aos grupos parlamentares e ao governo da República o poder de iniciativa legislativa sobre a matéria, nos termos do artigo 170.° da Constituição».

Esta solução, correcta em via de princípio, poderá oferecer algumas dúvidas no caso de regulamentação estatutária *per saltam,* ou seja, no caso de o estatuto ter regulado matérias (por exemplo: delimitação dos círculos eleitorais das regiões autónomas) que, em rigor, pertenceriam a leis gerais da República, inexistentes à data de aprovação dos estatutos. Esta «antecipação estatutária» não afasta a posterior intervenção de lei geral. Duvidosa é já a questão de saber como ultrapassar os obstáculos formais desta antecipação estatutária: (1) não reconhecimento de carácter reforçado, próprio das leis estatutárias, às normas de carácter não estatutário?; (2) consideração destas normas como inconstitucionais, mas só elimináveis por declaração de inconstitucionalidade ou por nova lei estatutária que as exclua do âmbito normativo dos estatutos[46]? Pelo menos, parece ser de afastar o valor reforçado de normas que, embora inscritas no estatuto, não se enquadram no núcleo de normas "estatutárias por natureza".

[45] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação V ao artigo 228.° e nota III ao artigo 233.°; Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 303 ss.

[46] Cfr. Jorge Miranda, *Funções, órgãos e actos do Estado,* cit., p. 304 ss. As duas soluções têm inconvenientes. A primeira conduzirá à ideia de «normas estatutárias meramente formais». A segunda, fora os casos de desaplicação ou de declaração como inconstitucionais, deixará na disponibilidade das assembleias legislativas regionais a solução do problema. Por último cfr., A. Vitorino, "Os poderes legislativos das Regiões Autónomas na segunda revisão constitucional", in *Legislação,* 3/1992, p. 29.

FI *LEIS REFORÇADAS*

Independentemente do que se disser adiante (cfr. *infra)* sobre esta categoria de leis em sede do parâmetro do controlo da constitu-cionalidade é da ilegalidade, convém esclarecer desde já o seu sentido no âmbito da análise das estruturas normativas. Algumas categorias de leis acabadas de analisar — leis orgânicas, leis de autorização, leis de bases, leis estatutárias — incluem-se neste conceito de leis refor-çadas. Resta saber qual é a sua verdadeira natureza jurídico-consti-tucional e quais os «candidatos positivos» que entram no âmbito extensional do conceito.

I — Referências jurídico-constitucionais

Uma leitura dos enunciados linguísticos de alguns preceitos constitucionais indicia a existência de leis com *valor reforçado* nos seguintes casos:

— leis orgânicas (artigos 115.72, 180.72 e 181.72)
— leis de autorização (artigos 115.72 e 168.72/3/4)
— leis de bases (artigos 115.72 e 201.71/c)
— lei das grandes opções dos planos de desenvolvimento económico e social (artigo 108.72)
— leis de enquadramento do orçamento do Estado e das regiões autónomas (artigos 109.71/2 e 168.71/2)
— lei da criação de regiões (artigo 255.°)
— lei-quadro das reprivatizações (artigos 85.71 e 296.°)
— lei-quadro da adaptação do sistema tributário nacional às especificidades regionais (artigo 229.71/c)
— estatutos das regiões autónomas (art. 228.°)

Esta individualização não é exaustiva devendo sempre verificar--se se determinadas leis, pela *função constitucional* que desempenham, tem ou não carácter de leis reforçadas. É esse o caso, a nosso ver, da lei das finanças locais, prevista no art. 240.72. Esta análise, caso a caso, do carácter reforçado de uma lei, impõe-se tanto mais quando se tenha em conta não haver na lei fundamental uma definição

ou caracterização de leis reforçadas sem uma individualização exaustiva de leis que como tal devem ser qualificadas.

II — Caracterização das leis reforçadas

O carácter heterogéneo das leis reforçadas no sistema constitucional português aponta para a inexistência de um critério único e seguro de caracterização das leis ordinárias reforçadas relativamente às leis ordinárias simples. São vários os critérios que se entrecruzam na delimitação material deste tipo de leis.

a) *O critério da parametricidade aferido por um processo judicial de fiscalização*

É um critério extensivo a todas as leis reforçadas, pois todas elas beneficiam, no ordenamento constitucional português, de um processo de fiscalização judicial tendente a assegurar o valor paramétrico ou competencial das leis reforçadas e a possibilitar a desaplicação ou eliminação de outras leis em desconformidade com elas (CRP, artigos 280.72/ae 281.71/6).

Este critério, porém, só demonstra que as leis reforçadas podem gerar relações de desvalor, judicialmente controláveis, entre actos legislativos; não nos permite determinar a individualização dessas leis nem adianta elementos materiais para a sua caracterização.

b) *O critério do fundamento material de validade normativa*

Uma lei é reforçada relativamente a outra ou outras quando apresenta um conteúdo de natureza paramétrica que deve servir de pressuposto material à disciplina normativa estabelecida por estes outros actos legislativos. Assim:

(1) as leis de bases estabelecem parâmetros materiais vinculativos dos decretos-leis ou decretos legislativos regionais de desenvolvimento (artigos 115.72, 201.71/c e 229.71/c);

(2) as leis de autorização prescrevem critérios materiais obrigatoriamente observados pelos decretos-leis autorizados (artigos 115.72, 168.72 e 229.71/6);

(3) a lei de enquadramento do orçamento estabelece princípios inderrogáveis pela lei anual do orçamento (artigo 109.71);

(4) a lei-quadro das privatizações impõe esquemas materiais e procedimentais vinculativos dos actos legislativos concreti-zadores de medidas reprivatizadoras (artigos 85.°/l e 296.°).
Repare-se que não se trata apenas de uma superioridade ou primazia de leis da Assembleia da República relativamente a outros actos legislativos, pois, nas hipóteses (3) e (4) temos casos de «leis da AR contra leis da AR», embora, na hipótese (4), se possam configurar casos de leis da AR contra decretos-leis do governo e decretos legislativos regionais.
No entanto, em qualquer deles a lei reforçada serve de parâmetro material ou porque é hierarquicamente superior ou porque é dotada de *capacidade derrogatória* (pode revogar mas não pode ser revogada). Vejamos, mais de perto, este último critério.
c) *O critério da capacidade derrogatória*
Uma lei é reforçada relativamente a outra quando pode derrogar esta sem por ela ser susceptível de ser derrogada. Assim, por exemplo, a lei de enquadramento do orçamento, embora seja uma lei ordinária da AR tal como a lei de aprovação do orçamento, não pode ser derrogada por esta; a lei de criação geral das regiões (artigo 255.°) não pode ser derrogada pela lei de instituição em concreto de cada região (artigo 256.°). Neste sentido, as leis reforçadas impõem ou pressupõem a sua não derrogabilidade por leis posteriores (a não ser por leis da mesma natureza das leis reforçadas: leis de alteração da lei de enquadramento do orçamento; lei de alteração da lei de criação geral das regiões).
d) *O critério da forma e especificidade procedimentais*
O critério da forma e especificidade procedimentais traduz a ideia de que uma lei tem o carácter de lei reforçada porque, nos termos constitucionais, como tal é considerada, beneficiando de forma e procedimentos especiais também constitucionalmente estabelecidos. É o caso das leis orgânicas. Este tipo de actos legislativos não tem qualquer relação do tipo *lex completa/lex complenti,* porque, como se acentuou, (cfr. *supra)* as leis orgânicas são leis de reserva absoluta num duplo sentido: constituem reserva absoluta de lei formal da AR e devem regular toda a disciplina ou matéria sobre que incidem, ex-cluindo-se a intervenção de outros actos legislativos concretizadores a

não ser quando a Constituição limite essa incidência às bases do regime jurídico (cfr. art. *(fl °ld,* 2ª parte). Consequentemente, as leis orgânicas são reforçadas não porque constituam parâmetros materiais para outras leis (não existe, por exemplo, qualquer relação de para-metricidade entre uma lei orgânica reguladora da organização e processo do Tribunal Constitucional e uma lei da AR definidora do estatuto dos titulares dos órgãos de soberania). O seu carácter reforçado serve para salientar a «reserva total» de competência da AR e a forma e o procedimento específicos do exercício desta competência, e, por isso, diferentemente das leis reforçadas caracterizadas por qualquer dos outros critérios, a «relação de desvalor» resultante da «invasão» desta competência configurar-se-á como inconstitucionalidade e não como ilegalidade.

CAPITULO 19

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

4.° — O DECRETO-LEI

Sumário

A) OS DECRETOS-LEIS NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

I — Constitucionalismo monárquico II — Constitucionalismo republicano

1. Constituição de 1911
2. Constituição de 1933

B) OS DECRETOS-LEIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1976

I — Tipos de decretos-leis II — O Governo como titular de competência legislativa

1. Titularidade
2. Âmbito material
3. Estrutura dos actos legislativos do Governo

III — A **ratificação dos decretos-leis**

1. Eliminação do instituto de ratificação tácita
2. A ambiguidade da ratificação
3. Objecto da ratificação
4. Suspensão dos decretos-leis submetidos a ratificação
5. Recusa formal de ratificação
6. Ratificação com emendas
7. Efeitos

Indicações bibliográficas

GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, — *Constituição da República Portuguesa,*
sobretudo anotações aos arts. 168.° e 201.°
MIRANDA, J. — *«Decreto»,* in *Dicionário Jurídico da Administração Pública. — Funções, Órgãos e Actos do Estado.* VIESTi.— *Il Decreto-Legge,* Napoli, 1967.

OS DECRETOS-LEIS NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

I — Constitucionalismo monárquico

Nenhuma das constituições políticas que vigoraram durante o período do constitucionalismo monárquico admitiu a emanação, pelo executivo, de actos normativos com forma de lei. Nem a constituição de 1922, nem a carta constitucional de 1826, nem a constituição de 1838 consagravam a categoria de *decretos-leis, decretos legislativos ou decretos com força de lei* (mesmo com autorização do Parlamento). No entanto, já nessa altura a «verdade real» não correspondia à «verdade constitucional». Dadas as frequentes crises do parlamentarismo monárquico, conducentes a períodos mais ou menos dilatados de *ditadura* ' (concentração no Executivo do poder legislativo e até do poder de

[1] A primeira ditadura (1832-1834) foi a ditadura de D. Pedro, durante a qual foram elaborados por Mouzinho da Silveira os decretos que constituiriam as traves--mestras do ordenamento jurídico-liberal. A segunda ditadura foi a de Passos Manuel (mais concretamente do triunvirato de Passos Manuel, Sá da Bandeira e Vieira de Castro), iniciada com a Revolução de Setembro (9 de Setembro de 1836). A prática dos *decretos ditatoriais* foi justificada por Passos Manuel em dois discursos célebres (21 de Janeiro de 1837 e 8 de Abril do mesmo ano); «Sr. Presidente exercemos a ditadura; e eu confesso francamente que violamos um sem número de artigos da Constituição de 22...»; «Nós fizemos aquilo que só as Cortes podem fazer, pois fizemos leis, impusemos tributos»; «nós declaramos que fizemos não só essa, mas muitas violações: nós entendemos que era este o único meio que havia de salvar a nação e de podermos reunir o Congresso...» Invocando o carácter liberal e revolucionário dos actos legislativos PASSOS MANUEL afirma sugestivamente: «Cerquei o trono de instituições republicanas. Atreva-se alguém a mostrar me que os meus actos não têm sido extremamente liberais»; «Não fomos mandados pela Providência! Somos filhos da revolução e a revolução pode destruir, trono, altar, leis e Constituição. O povo, fazendo uma revolução e encarregando-nos a sua defesa, deu-nos o direito de nos armarmos de um poder discricionário e de quantos meios lícitos houvesse para fazermos triunfar e brilhar a causa do povo e um poder legislativo». Cfr. *Discursos de Manuel da Silva Passos,* selecção de Prado d'Azevedo, Porto, 1879, pp. 180 ss. Posteriormente, quando coube a vez de Costa Cabral pedir *o bill de indemnidade* (4 de Janeiro de 1843), JOSÉ ESTÊVÃO, da ala esquerda do Setembrismo, e irredutível adversário da extrema direita cabralista, afirmará: «Apesar disto, nós

revisão constitucional), o Governo legislava através de *decretos ditatoriais*[2] que as Cortes, após as eleições, ratificavam ou convalidavam através do *bill de indemnidade.* Como única excepção, no plano legal, relativamente à proibição constitucional dos decretos com força de lei, assinala se o *Decreto Ditatorial* de 25 de Setembro de 1895, cujo art. 6.° atribuía ao Rei, no exercício do *poder moderador,* a faculdade de «promulgar *decretos com força legislativa»,* nos casos de divergências entre as duas Câmaras (Câmaras dos Pares e Câmara dos Deputados), não ultrapassadas pela Comissão nomeada para resolver o impasse (caso de empate e falta de acordo).

A prática dos decretos com força de lei *contra constitutio scripta* era justificada de várias maneiras: desde a invocação da lei de necessidade e da reserva de competência legislativa do rei para situações excepcionais até à configuração dos actos legislativos do Governo como antecipações de actos legislativos completos, sujeitos à condição resolutiva da falta de ratificação parlamentar, passando pela teoria da *gestão de negócios,* configurando-se o Executivo como curador voluntário dos interesses do parlamento na ausência deste *(absentia domini),* tudo servia para legitimar a «força normativa dos factos», em clara contradição com as disposições constitucionais. Por fim, em virtude das sistemáticas ratificações parlamentares, chegou a defender-se a existência de um *costume constitutional,* legitimador da prática dos decretos-leis[3]

reconhecemos a necessidade das ditaduras, mas não as desejamos. Reconhecemos a sua necessidade, porque reconhecemos que a Carta Constitucional, que devia resolver todos os problemas sociais, é para isso ineficaz». Cfr. José Estêvão, *Obra Política,* Vol. 11, Lisboa, 1963, p. 157, prefácio, recolha e notas de José Tengarrinha.

[2] O conceito de *ditadura* era caracterizado por Marnoco e Sousa, *Direito Político,* Coimbra, 1910, p. 745, da seguinte forma: «O poder executivo ou governamental, invocando, porém, circunstâncias de urgência ou de necessidade que não permitem as delongas do processo parlamentar, usurpa algumas vezes as funções do poder legislativo. Faz então entre nós o que se chama *ditadura».* Os decretos que o poder executivo publicava em virtude do exercício da ditadura chamavam-se, precisamente, *decretos ditatoriais* (decretos-leis, ordenanças de necessidade). Por vezes, a ditadura levava à suspensão das próprias garantias constitucionais. Era o que se chamava *ditadura extrema* por contraposição à *ditadura comum.* Esta traduzia-se na emanação, pelo executivo, de decretos com força de lei, a *ditadura extrema* verificava-se, como estabelecia, por ex., o art. 145.°, § 34 da Carta Constitucional, «nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos pedindo a segurança do Estado».

[1] Todos os argumentos podem ver-se discutidos e rebatidos em Marnoco E Sousa, *Direito Político,* cit., pp. 754 ss; Alberto dos Reis, *Organização Judicial,* Coimbra, 1909, pp. 36 ss. A favor de um direito político consuetudinário que «constitucionalizaria» a ditadura cfr., por ex., José Tavares, *O Poder Governamental no Direito Constitucional Português,* Coimbra, 1909, pp. 188 ss.

II — Constitucionalismo republicano 1. Constituição de 1911

Embora a categoria dos decretos-leis não seja muito transparente na arquitectura constitucional de 1911, o que não há dúvida é que a Constituição de 1911 consagrou expressamente a possibilidade de criação legislativa do Governo, desde que obtivesse autorização do legislativo. Quer dizer: na primeira Constituição republicana admitiu-se a figura dos «decretos-leis emanados no uso de *autorização legislativa.* Isto mesmo se dispunha no art. 27.°.

As autorizações concedidas pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo não poderão ser aproveitadas mais de uma vez. Todavia, ao mesmo tempo que se admitiam os actos legislativos do Executivo, mediante autorização do Legislativo, tomaram-se precauções contra a prática dos decretos ditatoriais. Assim, o art. 26.° n.° 25 da Constituição impunha ao Congresso a continuação no exercício das suas funções legislativas, depois de terminada a legislatura, se por algum motivo as eleições não tivessem sido feitas nos prazos constitucionais[4]. De um modo bastante explicito, também a lei constitucional n.° 891, de 22 de Setembro de 1919, que incluiu na esfera da competência do Presidente da República o direito da dissolução das Câmaras, não deixou de consagrar (art. 10.°, § 8.°) que «no período que decorre entre o acto da dissolução e da reunião das Câmaras eleitas, o Poder Executivo restringir-se-á rigorosamente ao exercício das suas atribuições próprias, caducando por esse acto todas as autorizações concedidas pelo Poder Legislativo, sendo nulos de pleno direito, não podendo ter execução, nem ninguém lhes devendo obediência todos os actos do Poder Executivo contrários aos preceitos constitucionais^. Também a Lei n.° 266, de 27 de Julho de 1914, editada no cumprimento da imposição constitucional contida no art. 85.° da Constituição (neste preceito encarregava--se o primeiro Congresso da República de elaborar, entre outras, as leis sobre os crimes de responsabilidade), considerava crime de responsabilidade a publicação de diplomas de natureza legislativa pelo Poder Executivo. A tudo isto havia a acrescentar o facto importantíssimo de na Constituição de 1911 se consagrar o controlo da constitucionalidade das leis pelo Poder Judicial e, consequentemente, poder ser invocada a inconstitucionalidade *formal ou orgâ-*

[4] No fundo, a Assembleia Constituinte de 1910 acolheu as soluções que a doutrina mais liberal defendia para se combaterem as ditaduras. Assim, MARNOCO E SOUSA, *Direito Político,* cit., p. 746, apresentava os seguintes «remédios»: (a) quanto ao poder legislativo; reunião das câmaras por direito próprio e eliminação do art. 7.° do 3.° Acto Adicional (votação das leis do orçamento); (b) quanto ao poder executivo: a promulgação de uma boa lei de responsabilidade ministerial, em que os actos ditatoriais sejam considerados crimes compreendidos no abuso do poder e a não punibilidade da inobservância dos decretos ditatoriais; (c) quanto ao poder moderador: no caso de dissolução das Cortes, estas seriam convocadas e reunidas dentro de três meses, não podendo haver outra dissolução sem que tenha passado uma sessão de igual período de tempo.

nica dos diplomas legislativos eventualmente emanados do Executivo, sem autorização do Poder Legislativo[5].

2. Constituição de 1933

A Constituição de 1933, na sua versão primitiva, continuou a prática dos *decretos-leis no uso de autorização legislativa,* iniciada, como vimos, em 1911, mas apresenta também uma inovação importante: a possibilidade de o Governo emanar *decretos-leis* sem qualquer autorização legislativa, nos *casos de urgência e necessidade* (cfr. art. 108.°/2). A lei da urgência e da necessidade tinha sido já invocada durante o constitucionalismo monárquico para justificar a prática dos *decretos ditatoriais.* Agora, o legislador constituinte habilita expressamente o Poder Executivo a emanar decretos com força de lei (decretos-leis), independentemente de qualquer autorização do órgão legislativo. É certo que os decretos-leis só podiam ser emanados nos casos de urgência ou necessidade, mas com a subsistência destes requisitos era subtraída a qualquer controlo político da Assembleia Nacional através do instituto da ratificação (cfr. art. 108.°/2 e § 3.°), o Governo passava a dispor de uma ampla margem de actuação no exercício da sua competência legislativa. O espírito do artigo poderia ter sido o de assegurar a separação dos poderes, limitando o exercício da competência legislativa autónoma do Governo aos casos de urgência e necessidade[6]. Esta ideia ancorar-se-á na influência que os dogmas liberais ainda exerceram na elaboração primitiva da Constituição Corporativa, não deixando de ser significativa a rejeição de um projecto de revisão em 1935 que previa a atribuição de uma competência legislativa normal ao Governo, fora dos casos de competência reservada à Assembleia Nacional.

Como quer que seja, o Governo aproveitou o expediente dos decretos--leis de urgência para se transformar em legislador normal e não apenas excepcional. A inflação dos decretos-leis, motivados ou não por casos de urgência ou necessidade, o controlo meramente teórico da Assembleia Nacional, a cobardia e timidez dos tribunais quanto à arguição da inconstitucionali-dade, tudo se conjugou para, na revisão de 1945, o legislador constituinte confessar francamente ser necessário pôr de acordo a «verdade formal» com a

[5] Na doutrina discutiu-se longamente sobre o sentido do art. 63.° da Constituição de 1911, ao estabelecer que «O Poder Judicial, desde que nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a *validade* da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo... apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados». Qual o género de inconstitu-cionalidade que os tribunais poderiam apreciar: a inconstitucionalidade material? a inconstitucionalidade orgânica? a inconstitucionalidade formal? Sobre este assunto cfr. Fezas Vital, «Autorizações legislativas», in *BFDC,* 1920-21, pp. 584 ss; Carlos Moreira, «Fiscalização Judicial da Constituição», in *BFDC,* 1943, pp. 3 ss.

[6] Este espírito aparentemente liberal também foi assinalado à lei fascista italiana que concedeu ao Governo poderes legislativos. Cfr. Viesti, in *Decreto-Legge,* Nápoles, 1967, p. 27.

«verdade real»[7], Assim se compreende que a *lei de revisão* n.° 2009 (de 17 de Setembro de 1945), venha consagrar a competência legislativa normal do Governo. Os *decretos-leis* passam agora a ser as leis emanadas pelo Governo no exercício da sua competência legislativa (cfr. art. 109.°). Os decretos-leis têm a mesma hierarquia das leis formais votadas na Assembleia Nacional, podendo esta alterá-los e revogá-los. Exigia-se a *ratificação,* mas apenas nos casos de os decretos-leis terem sido publicados durante o funcionamento efectivo da Assembleia, continuando-se, assim, o regime da ratificação introduzido na 1 a revisão constitucional (Lei n.° 1885, de 23 de Março de 1935). Se na redacção primitiva da Constituição se exigia que o Governo apresentasse, para efeitos de ratificação, num dos cinco primeiros dias de sessão de Assembleia Nacional, os decretos-leis emanados por motivos de urgência ou necessidade, agora não só se restringia a exigência de ratificação aos casos de decretos-leis publicados durante o funcionamento da Assembleia, como se dispensava a aprovação expressa do órgão político. Bastava que um número mínimo de deputados (primeiro 5, depois 10, a partir da revisão de 1951) não requeresse que tais decretos fossem sujeitos a ratificação. Este o motivo pelo qual alguns autores passaram a considerar a ratificação a partir de 1945, como um direito de *veto resolutivo* da Assembleia relativamente aos decretos-leis publicados durante o seu funcionamento. Depois da revisão de 1971, pressionado já pela crescente oposição interna e externa das forças democráticas, o Governo continua com uma competência legislativa normal para editar decretos--leis, mas, como se alargou a competência reservada da Assembleia, concomi-tantemente passou a exigir-se, em mais casos, *autorização legislativa* para o Governo legislar sobre matérias reservadas.

B I *OS DECRETOS-LEIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1976*

O legislador constituinte de 1976, não obstante a prática abusiva dos decretos-leis verificada durante o regime da Constituição de 1933, parece ter considerado os decretos-leis como um instrumento ineliminável do Estado democrático. Com efeito, conhecidas as críticas dirigidas à categoria dos decretos-leis — instrumento nas mãos do Governo que os pode utilizar para fins de manifesto oportunismo político, colocando as assembleias representativas perante factos consumados —, a Consti-

[7] Cfr. Jorge Miranda, *Decreto,* p. 14. A cobardia dos tribunais a que se alude no texto dizia respeito à inconstitucionalidade material, pois quanto à inconstituciona-lidade orgânica e à inconstitucionalidade formal o § 1.° do art. 122.° atribuía o seu controlo à Assembleia Nacional.

tuição de 1976 entendeu consagrar a categoria dos decretos-leis com uma grande autonomia e amplitude. Neste aspecto, a Constituição Portuguesa afasta-se decididamente da maioria das constituições democráticas do após-guerra que, em geral, condicionam o exercício da competência legislativa à existência de circunstâncias excepcionais, situações de urgência e necessidade, e a um apertado controlo do órgão parlamentar[8].

A actividade legislativa do Governo reconduz-se, nos quadros da Constituição de 1976, aos seguintes tipos fundamentais.

I — Competência legislativa do Governo e tipos de decretos-leis

a) *Competência originária ou independente*

No caso de se tratar de matérias não reservadas à Assembleia da República o Governo pode, através de *decretos-leis,* e em concorrência com a Assembleia da República, editar actos legislativos primários reguladores dessas matérias (cfr. art. 201.°/ *1-a).*

b) *Competência legislativa derivada ou dependente* Existe competência legislativa derivada:

(1) relativamente às matérias enumeradas no art. 168.°, pois o Governo só pode legislar depois de obter a competente *autorização legislativa* da Assembleia da República (cfr. arts. 168.72, 3e4, e 201.°/1-6).

(2) em relação às matérias de reserva da AR (absoluta ou relativa) em que esta procedeu à fixação dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos, o Governo pode, concorren-temente, editar *decretos-leis* sobre as mesmas matérias, embora dentro dos quadros traçados pela AR (art. 201.71/c).

Discutível é se existe também competência dependente quando o Governo emana *decretos-leis de desenvolvimento* de leis que se

[8] Em virtude da amplitude de poderes legislativos do Governo, compreende-se que este não tenha, entre nós, «poderes legislativos de excepção».

circunscrevem à definição dos princípios e bases gerais dos regimes jurídicos mas fora da competência reservada da AR (cfr. *supra,* Cap. 18, C, II, 3, e CRP, art. 201.71/c).

c) *Competência exclusiva*

O Governo tem competência legislativa exclusiva em relação a matérias respeitantes à sua própria organização e funcionamento (trata-se de uma autêntica *reserva de decreto-lei* — cfr. art. 201.72).

II — O Governo como titular de competência legislativa

1. Titularidade

Pertence ao Governo a competência para a emanação de decre-tos-leis. Não são, pois, admissíveis decretos-leis emanados de um Primeiro-Ministro ou de um ministro. Exige-se, por isso, que todos os decretos-leis sejam aprovados em Conselho de Ministros (cfr. art. *2Q3.°/d).* A Lei Constitucional n.° 1/82 alterou, neste ponto, a disciplina normativo-constitucional de 1976, onde se admitia que certos decretos-leis não fossem aprovados em Conselho de Ministros (cfr. arts. 201.7 3 e *2O3.°/Vd,* na versão de 1976). Não era isento de críticas este regime. Além de diminuir, como foi justamente assinalado logo em face da redacção do art. 82.° da Constituição de 1933 (depois da revisão de 1971), «a responsabilidade política individual e a responsabilidade política solidária dos membros do Governo» (Jorge Miranda)[9], a solução consagrada podia dar origem a verdadeiros *decretos-leis ministeriais* e corria-se o risco de um poder legislativo governamental exercido pelo Primeiro-Ministro e um ou dois ministros (cfr. L 6/83, de 29/7, art. 10.77).

2. Âmbito material

Os decretos-leis podem disciplinar qualquer matéria. *A priori* (salvo em matérias de reserva da AR) não é subtraída à disciplina dos

[9] Cfr. Jorge Miranda, *Decreto,* cit., p. 34.

decretos-leis matéria de qualquer espécie. A delimitação extensional da competência legislativa do Governo deve fazer-se a partir das normas constitucionais que, de forma heterónoma, estabelecem: (1) reserva de Parlamento (art. 164.°); (2) reserva absoluta de competência legislativa da AR (art. 167.°); (3) reserva relativa da AR (art. 168.°). Nas restantes matérias existe uma concorrência legislativa do Governo e da AR, podendo os decretos-leis revogar, alterar, suspender e interpretar leis da AR (exceptuando-se as leis de bases e outras leis da AR de valor reforçado) e vice-versa.

3. Estrutura dos actos legislativos do Governo

A questão de decretos-leis com um *conteúdo concreto* merece aqui a mesma resposta que demos ao tratarmos das leis. Neste caso, acrescem às cautelas exigidas para as leis de medida restritivas (ex.: proibição em matérias dos direitos fundamentais), os cuidados impostos pela possibilidade de o Governo editar com facilidade decretos-leis *individuais camuflados,* dado ser, ao mesmo tempo, órgão com competência legislativa e órgão com competência executiva.

III — A ratificação de decretos-leis

Aludiu-se atrás (cfr. *supra,* A, II, 2) à história do instituto ratificação dos decretos-leis no regime constitucional de 1933. Alguns traços desse instituto passaram para a Constituição de 1976 que, na sua versão primitiva, estabeleceu uma disciplina pouco exigente relativamente a certos aspectos do procedimento ratificativo (ex.: ratificação tácita). A Lei Constitucional n.° 1/82 veio aqui introduzir relevantís-simas alterações. Assinalaremos as principais.

1. Eliminação do instituto da ratificação tácita na revisão de 1982

Comparando a redacção originária do art. 172.° com a versão da LC n.° 1/82, verifica-se que o instituto da *ratificação tácita* dos decretos-leis (que havia passado com algumas alterações da Constituição de 1933 para a Constituição de 1976) deixou de ter relevância

jurídico-constitucional. O facto de os deputados não requererem a sujeição a ratificação dos diplomas legislativos do Governo não implica qualquer «convalidação pelo silêncio» dos actos legislativos governamentais. Trata-se de uma solução mais correcta e ajustada a um Estado constitucional democrático: se o Governo pode editar decretos-leis, mesmo fora dos casos de urgência e necessidade e de uso de autorizações legislativas (as únicas hipóteses em que noutros ordenamentos se reconhece a possibilidade de decretos do executivo com força de lei), não se compreendia a latitude da ratificação tácita. Esta era compatível com um regime autoritário assente na primazia do executivo, como acontecia na Constituição de 1933, mas mostrava-se pouco adequada a um sistema com uma inequívoca dimensão parlamentar como o de 1976. Além disso, a ratificação tácita era, no fundo, «uma ficção jurídica construída sobre o silêncio da AR» (Gomes Canotilho / Vital Moreira) e cujas consequências jurídico-politicas se revelaram relativamente disfuncionais ao regime.

2. A ambiguidade da ratificação

Se é inequívoco ter desaparecido o instituto da ratificação tácita, já resulta problemático o sentido global do próprio instituto da ratificação (cfr. art. 172.°, epígrafe). Em rigor, o texto constitucional refere--se apenas à possibilidade de *não ratificação* ou de *alteração.*

Consequentemente, só de uma forma indirecta e num sentido impróprio se poderá falar hoje de ratificação no direito constitucional português. Não há qualquer acto positivo de ratificação, sobrevivendo o decreto-lei, na sua versão originária, apenas nos casos de recusa de propostas de alteração ou de cessação de vigência. Mesmo aqui, a AR permanece alheia relativamente à bondade política e legislativa do decreto-lei do Governo[10], pois a rejeição da proposta de não-ratifica-ção ou das propostas de alteração não equivale a ratificação.

[10] Todos os comentaristas da Constituição da República salientam a nova cpn-figuração do instituto. Cfr. Nadais / Vitorino / V. Canas, *Constituição da República,* pp. 202-203; T. Morais / Ferreira de Almeida / Leite Pinto, *Constituição da República Portuguesa,* p. 341; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotações 11 e VIII ao art. 172.°. Cfr., também, Sérvulo Correia, *Legalidade,* p. 217.

3. Objecto da ratificação
Todos os decretos-leis (salvo, como é óbvio, os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo) podem agora ser submetidos à apreciação da AR (cfr. art. 172.°/1), não se distinguindo entre *decretos-leis publicados durante o funcionamento da AR* e *decretos-leis publicados fora do funcionamento da AR* (cfr. a redacção primitiva do art. 172.°/l e 2), nem entre *decretos-leis no uso de autorizações legislativas* e *decretos-leis fora de autorização legislativa* (cfr. art. 172.°/2 na redacção de 1976).
O que se exige, na redacção actual do art. 172.°, é que a iniciativa de apreciação dos decretos-leis pertença a um número mínimo de dez deputados (cfr. art. 172.°/1) e que o requerimento seja feito nas «primeiras dez reuniões plenárias subsequentes à publicação».
4. Suspensão dos decretos leis submetidos a ratificação
Consagra-se expressamente a possibilidade de *suspensão do decreto-lei* submetido a ratificação (art. 172.°/2). Esta possibilidade era já admitida pelo regimento da AR, mas a constitucionalidade não era líquida. O legislador da l.ª revisão «interpretou autenticamente», neste aspecto, o art. 172.°: é admissível a *suspensão total ou parcial* do decreto-lei submetido a ratificação, até à publicação da lei que o vier alterar ou até à rejeição das propostas de alteração (art. 172.°/2). Todavia, a revisão de 1989 introduziu alterações num sentido claramente restritivo quanto à possibilidade de suspensão. Em primeiro lugar, só os *decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa* podem ser objecto de suspensão (CRP, art. 172.°/2). Em segundo lugar, consagrou-se o instituto da *caducidade* da suspensão, pois esta caduca se decorridas dez reuniões plenárias a Assembleia não se tiver pronunciado sobre a ratificação (CRP, art. 172.°/3).
Não é isento de dúvidas saber se a suspensão só pode ser requerida quando são apresentadas propostas de alteração ou também nos casos de não-apresentação de qualquer emenda. O instrumento para a suspensão parece ser o da resolução da AR (cfr. art. 169.°/5).
O problema da admissibilidade de suspensão dos decretos-leis submetidos a ratificação foi discutido em parecer da Comissão Constitucional (cfr Parecer n.° 1/80, in *Pareceres* Vol. 11.°, p. 22 ss). Neste Parecer (relator Jorge Miranda) se pode ver o desenvolvimento da história da «suspensão» dos decretos-leis e a defesa da tese, agora acolhida pelo texto constitucional, da

possibilidade da suspensão da vigência de decreto-lei submetido a ratificação. A revisão de 1989, como se viu, atenuou sensivelmente esta possibilidade. Não se resolveu claramente o problema da forma de acto de suspensão do decreto--lei — lei ou resolução, problema este também discutido no já aludido parecer. Mas tendo em vista que a resolução é a forma dos actos da AR desde que outra não esteja constitucionalmente consagrada (cfr. art. 169.75), e dado que não se exige expressamente a forma de lei para os actos praticados no uso da competência atribuída pelo art. 165.7c, conclui-se que a suspensão é feita por *resolução* não sujeita a promulgação do PR (cfr. art. 169.75). A bondade do legislador de revisão continua a merecer algumas dúvidas, expostas precisamente no voto de vencido de Figueiredo Dias no Parecer em referência (cfr. Parecem.[0] 1/80, p. 55 ss).

5. Recusa formal de ratificação

Expressão da superioridade legislativa da AR, a ratificação pode, afinal, traduzir-se numa *recusa de ratificação* (art. 172.°/3.°). Caso isto se verifique, o decreto-lei deixa de vigorar desde o dia em que a *resolução de recusa de ratificação* for publicada no *Diário da República* fart. 172.73). Deduz-se, assim, que a recusa de ratificação tem efeitos *ex nunc.* A solução constitucional portuguesa — efeitos *ex nunc* e não efeitos *ex tunc* — pode confortar-se com a necessidade de evitar situações de incerteza e o sacrifício de direitos, embora nos casos de recusa de ratificação por inconstitucionalidade os efeitos *ex nunc* se possam afigurar remédios pouco eficazes contra os abusos legislativos do Governo. Precisamente por isso, a Assembleia pode, através da lei autónoma, depois de publicada a resolução de recusa de ratificação, neutralizar retroactivamente os efeitos de um decreto-lei recusado (cfr. Ac TC 461/87, DR I, 16-12-87). Ressalvam-se, como é óbvio, os limites inerentes às leis retroactivas". Discutível é saber se a recusa de ratificação tem *efeitos repristinatórios* (reposição em vigor das leis revogadas pelo decreto-lei a que foi recusada a ratificação), podendo defender-se a solução afirmativa com base na ideia de não primariedade normativa do Governo e de provisoriedade dos decretos-leis até à condição resolutiva de não-ratificação[l2].

"Cfr. Ac TC 461/81, DRI, 15-1-88.

[12] Em sentido negativo, com argumentos pertinentes, cfr. A. Nadais / A. Vitorino / V. Canas, *Constituição da República,* anotações ao art. 172.°, Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 522. Em sentido positivo, cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação VII ao art.

6. Ratificação com emendas

O art. 172.° não se refere (ao contrário do que acontecia na versão originária) a *ratificação com emendas* (cfr. art. 172.°/3 na redacção de 1976), mas esta possibilidade é claramente admitida pelo texto actual. No n.° 1 do art. 172.° alude-se a sujeição dos decretos leis à apreciação da AR *«para efeitos de alteração»,* e no n.° 2 do mesmo artigo alude-se a *«propostas de alteração»* e a *«publicação da lei que o* [decreto-lei] *vier alterar».* A sujeição de um decreto-lei à AR para efeitos de alteração pressupõe um procedimento legislativo específico, iniciado não com um projecto de lei mas sim com as propostas de alteração ao decreto-lei[13].

7. Efeitos

A ratificação de um decreto-lei, na sua configuração originária, implicaria jurídico-constitucionalmente a co-responsabilização política da AR pelo conteúdo do decreto-lei ratificado. Não devia falar-se, pois, em *convalidação ou sanação* do decreto-lei, pois estas designações pressupõem: (1) ou a sucessão de vícios conducentes à anulabilidade do decreto-lei, vícios esses que não têm necessariamente de existir; (2) ou que, existindo vícios, estes são sempre sanados pelo instituto da ratificação, o que também não está demonstrado.

Dada a actual configuração do instituto — o controlo parlamentar não equivale, em qualquer caso, a confirmação parlamentar —, perderam relevância muitas das controvérsias travadas em torno da interpretação do texto primitivo sobre os efeitos convalidantes da ratificação.

O problema da ratificação dos decretos-leis organicamente inconstitucionais foi um daqueles que mais debate doutrinal suscitou durante os anos de vigência da actual Constituição. Cfr. Rui Machete, «Ratificação de decretos--leis organicamente inconstitucionais» in *Estudos sobre Constituição,* Vol. I, p. 281; Jorge Miranda «A Ratificação no Direito Constitucional Português», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. III, pp. 597 ss; L. Nunes de Almeida,

172.° A Assembleia poderá, se assim o entender, determinar a repristinação para futuro de normas do decreto-lei a que foi recusada a ratificação.

[13] Não se descortina, perante o actual texto constitucional, a necessidade de dois actos distintos: (1) requerimento de não ratificação: (2) propostas de alteração. Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* cit., anotação V ao art. 172.°

«O Problema da ratificação parlamentar de decretos-leis organicamente inconstitucionais», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. III, p. 619 ss; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação ao art. 172.° Cfr. ainda, Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais da AR, in *Diário da Assembleia da República,* 1." sessão legislativa, suplemento ao n.° 59, e Parecer n.° 1/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. II, pp. 30 ss. Por último, cfr. I. MORAIS, *Elementos sobre a Ratificação Legislativa no Direito Constitucional Português,* Lisboa, 1984.

CAPÍTULO 20

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

5.° — OS DECRETOS LEGISLATIVOS REGIONAIS

Sumário

A) CONFIGURAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO REGIONAL

I — Os poderes legislativos como manifestação típica da autonomia regional II — Caracterização das leis regionais III — Os tipos de poderes legislativos regionais

1. Poder legislativo primário

2. Poder legislativo de actuação ou desenvolvimento

3. Poder legislativo autorizado

B) RELAÇÕES ENTRE O ORDENAMENTO ESTADUAL E O ORDENAMENTO REGIONAL

I — **Grupo normativo II — Relações de parametricidade**

1. Constituição e actos legislativos

2. Lei estatutária e lei geral da República

3. Lei estatutária e decreto legislativo regional

4. Lei geral da República e decreto legislativo regional

Indicações bibliográficas

A) SOBRE OS PODERES LEGISLATIVOS REGIONAIS

De Otto y Pardo, J. — «La prevalência dei derecho estatal sobre el derecho regional»,
in *REDC,* n.° 2, 1981. Enterria, E. G. — «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonômicos: sistema
de relaciones», in *RAP,* n.° 100-102, pp. 213 ss. Mortati, C. — *htituzioni di Diritto Pubblico,* II, 1976. Munõz Machado, S. — *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* **I,**
p. 462.

B) OS PODERES LEGISLATIVOS REGIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1976
FERREIRA, A. —*As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa,* Coimbra, 1980.
MIRANDA, J. — «A autonomia legislativa regional», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. **1. p. 419.**
— "Lei Regional", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* vol. 5.
MACHETE, P. — "Elementos para o estudo das relações entre os actos legislativos do Estado e das Regiões Autónomas no quadro da Constituição vigente", in RDES XXXIII, (1991), p. 169 ss.
OTERO, P. — "A Competência Legislativa das Regiões Autónomas", Rev. Jur., 8, 1986, p. 149.
SALEMA, Margarida — "Autonomia Regional, in J. MIRANDA, *Nos dez. anos da Constituição,* Lisboa, 1985.
VITORINO, A. — "Os poderes legislativos das Regiões Autónomas na segunda Revisão Constitucional", in *Legislação,* 3 (1992).

A I *CONFIGURAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO REGIONAL*

I — Os poderes legislativos como manifestação típica da autonomia regional

A Constituição de 1976 reafirmou a tradição unitária do Estado português, mas, ao mesmo tempo, reconheceu como princípio da organização do Estado o *princípio da autonomia das autarquias locais* (cfr. art. 6.°). Relativamente aos Açores e à Madeira, conferiu--se-lhes um estatuto de *Regiões Autónomas,* considerados os seus condicionalismos geográficos, económicos e sociais (cfr. art. 6.72 e art. 227.71). Uma das manifestações típicas do regime de autonomia político-administrativa reconhecida a essas regiões consiste nos *poderes legislativos* (limitados embora) atribuídos aos órgãos de governo regional (cfr. art. 229.7a, *b, c* e *d).* As Regiões Autónomas dispõem, assim, mais do que de uma simples *autonomia regulamentar e administrativa,* mas não possuem poderes legislativos plenos e, muito menos, verdadeiros poderes constituintes, como se verifica nos *esta-dos-membros* de um *estado federal*[1].

II — A caracterização das leis regionais

A leitura do art. 229.°, n.° 1, alíneas *a), b) c)* e *d),* permite-nos assinalar como traços dominantes das leis regionais no sistema constitucional português[2] os seguintes aspectos.

[1] Cfr., também, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* III, 2.ª ed., p. 239 ss.

[2] Sobre este ponto, cfr. Jorge Miranda, «A autonomia legislativa regional», in *Estudos sobre a Constituição da República,* cit., p. 419; "Lei Regional", in *Dic. Jurídico da Administração Pública,* vol. V, p. 400 ss.; Sérvulo Correia, *Legalidade,* p. 200 ss.; Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais da AR de 29 de Junho de 1977, *Diário da AR,* n.° 125. Na doutrina estrangeira, cfr. F. Cuocolo, *Le Leggi Cornice nei Rapporti Fra Stato e Regioni,* Milão, 1967; Ruggeri, «Ancora in tema di leggi statali regionali su materie di competenza repartita», in *RTDP,* 1977, pp. 277 ss; Zagrebelsky, *// sistema costituzionale,* cit., p. 216 ss; Naria, «Limite dei principi e autonomia legislativa regionale», in *Giur. Cost.,* I, 1980, 1774 ss.

a) *Inexistência de reserva de leis regionais*
Não existe uma *competência exclusiva* a favor das regiões. A Constituição portuguesa não adoptou o critério da *enumeração taxativa* de matérias em relação às quais os órgãos de governo regional teriam uma competência legislativa exclusiva *primária* ou *plena.* Não há qualquer *reserva de leis regionais* [2]\ mesmo para as matérias de interesse específico das regiões; o que significa, logicamente, não haver domínios materiais completamente subtraídos às leis gerais da República (leis e decretos-leis emanados respectivamente Assembleia da República e do Governo).[3] Questão diferente é a de saber se, não obstante a competência geral reconhecida às leis gerais da República, estas podem proibir a intervenção legislativa das assembleias legislativas regionais com fundamento no carácter necessariamente geral de um determinado regime jurídico (cfr. Ac TC 376/89, DR I, 2/8/89).
b) *Limites territoriais e materiais*
As leis regionais são sempre leis de *competência especial* (espacial e material), enquanto os actos legislativos dos órgãos centrais de soberania são fontes de competência *potencialmente geral.*
As leis regionais só podem incidir ou versar sobre «matérias de interesse específico para as regiões» *(limite territorial),* estão subordinadas às leis gerais (com a excepção da alínea b) do art. 229.°), e não podem disciplinar matérias reservadas à competência própria dos órgãos de soberania *(limites materiais).*
As leis regionais não podem, designadamente, incidir sobre as matérias reservadas à Assembleia da República (arts. 164.°, 167.° e 168.°) a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas (art. 229.°/c, 2ª parte). Compreendem-se estes limites: a região é um ente territorial, a sua autonomia é territorial, a sua competência só pode ser territorialmente determinada (ZAGREBELSKY).
c) *Carácter dependente*
As leis regionais são *leis dependentes.* Tendo em atenção as considerações referidas em *a)* e *b)* conclui-se que, embora as leis regionais devam ser consideradas como verdadeiros actos legislativos, com força e valor de lei, rigorosamente são quase sempre *actos dependentes* dos actos legislativos dos órgãos de soberania. Mesmo os que

[2a] Esta doutrina não é pacífica. Cfr. JORGE MIRANDA, "Lei Regional", cit, p- 425. ' [3] Em sentido diferente, cfr. JORGE MIRANDA, "Lei Regional", cit., p. 426.

apresentam um carácter *inovador,* devem estar em conformidade com as normas e os princípios das leis gerais da República, sendo, pois inadmissíveis, leis regionais *contra legem generale* a não ser, como se verá em seguida, no caso de decretos legislativos regionais autorizados. Esta a razão pela qual em certos ordenamentos jurídicos as leis regionais são consideradas como uma espécie de *fonte intermédia* entre as leis estaduais e os regulamentos[4]. A *relação de prevalência das leis gerais sobre as leis regionais* não conduz à degradação do valor legislativo das leis regionais. O art. 115.71, introduzido pela LC n.° 1/82, não deixa quaisquer dúvidas quanto à dignidade legislativa dos decretos legislativos regionais ao considerar, expressamente, como «actos legislativos, as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais».

d) *Inexistência de repartição horizontal de competências*

Os esquemas constitucionais não permitem a *repartição horizontal de competências.* Esta repartição consistiria em atribuir aos órgãos legislativos centrais e regionais *matérias* legislativas, de forma a obterem-se dois campos de legiferação distintos — um onde actuariam as leis estaduais e outro onde incidiriam as leis regionais. Como não há uma enumeração taxativa de matérias de competência regional e como as leis do Estado são potencialmente gerais, fica sem conteúdo útil o critério de repartição horizontal. Mas, obviamente, as leis da República podem limitar o seu campo de aplicação ao território continental.

e) *Competência primária concorrente*

Quanto à *repartição vertical* (a mesma matéria a ser regulada pelos órgãos estaduais e os órgãos regionais) existe uma *competência primária concorrente:* em matéria de interesse específico para as regiões, as leis regionais podem disciplinar *ex novo* uma matéria, desde que observem os limites das leis gerais e da Constituição. Como se trata de competência concorrente, nada impede que sobre a mesma matéria venham incidir leis dos órgãos de soberania, revo-

[4] Cfr. S. Munoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* I, p. 389.

[5] Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 334, considera seguro que «se os órgãos de soberania fizerem leis gerais da República, estas leis não revogarão decretos legislativos regionais preexistentes, na medida em que eles sejam

gando ou alterando a legislação regional[5]. Ponto questionável será o de saber se, posteriormente, os órgãos regionais podem estabelecer nova disciplina contrária a essas leis. Se se considerar que o *critério da hierarquia* vale no que respeita à Constituição e leis gerais da República e que o *critério da competência* vale para as matérias reservadas à Assembleia da República e ao Governo (art. 115.73), não é líquido se nos restantes domínios de competência partilhada não haverá equiparação de competências.

III — Os tipos de poderes legislativos regionais

Com a revisão de 1989 tornaram-se mais claros os diversos tipos de poderes legislativos regionais. Eles podem sintetizar-se da seguinte forma.

1. Poder legislativo primário

Trata-se da competência constitucionalmente reconhecida às assembleias regionais no sentido de editarem decretos legislativos regionais, com respeito da constituição e das leis gerais da República, em matérias de *interesse específico para as regiões* e que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania (art. 229.71/a). O interesse específico das regiões justifica a competência legislativa, mas, como se deduz do art. 229.71/a, o exercício desta competência está limitado: (1) *negativamente,* pelo *princípio da hierarquia* expresso na prevalência da constituição (princípio da constitucionalidade) e na prevalência das leis gerais da República (princípio da legalidade reforçada); (2) *positivamente,* pelo *princípio da competência,* determinado pela existência de um interesse específico; (3) *negativamente,* pelo *princípio da competência* traduzido na reserva de matérias à competência própria dos órgãos de soberania; (4) *negativamente,* pelo conge-lamento de hierarquia, não podendo as normas constantes de leis gerais da República ser transformadas em decretos legislativos regionais atra-

considerados leis especiais (em razão do território). Convém distinguir: (1) as leis gerais «revogarão» ou tornarão supervenientemente ilegais decretos legislativos regionais contrários; (2) no caso de não haver contradição com as leis gerais da República posteriores elas poderão subsistir como leis especiais.

vés da reprodução das suas normas em diplomas legislativos regionais. Da mesma forma, e até por maioria de razão, não pode transformar *normas estatutárias* em simples *normas regionais* através da sua reprodução em diplomas legislativos regionais (cfr. AC TC 92/92, DR, I, 74).
A delimitação dos contornos do poder legislativo primário das Regiões Autónomas depende, em larga medida, da concretização de duas categorias jurídico constitucionais marcadas pelo carácter tipicamente indeterminado: *leis gerais da República* e *interesse específico das regiões.* Quanto à primeira e mau grado a definição do art. U5.°/3, a aproximação material ao conceito de leis gerais deve fazer-se de forma tópica. Deve evitar-se uma aproximação meramente semântica, dizendo-se, por exemplo, que leis gerais da República são as leis limitadas a "bases gerais" ou "princípios", pois isso significaria reconduzir as leis gerais da República a leis de bases. Também o facto de se falar em "leis" não significa que seja a lei *"in totó"* ou como documento o parâmetro de referência; será o conteúdo das *normas* constantes das leis o elemento decisivo para determinar se elas se aplicam sem reservas de todo o território nacional. Na hipótese de o "legislador da República" qualificar *expressis verbis* uma lei como lei geral da República, isso constituirá um indício de qualificação, mas não há uma total liberdade de qualificação do legislador (que no limite poderia aniquilar as competências legislativas das Regiões Autónomas), pois a lei tem ou deve ter inscrita uma "razão de ser", ou seja, uma intencionalidade normativa material incompatível com diferenciação de regimes no território nacional (cfr. Acs. TC 133/90, 215/90 e 254/90).
O *interesse específico* é a outra das categorias jurídico-consti-tucionais positivamente delimitadora do poder legislativo primário das Regiões Autónomas. Em geral, e em termos meramente aproximativos, consideram-se matérias de interesse específico as exclusivamente respeitantes a uma Região, por nela assumirem especial configuração ou nela exigirem um regime material diferenciado.
A jurisprudência do Tribunal Constitucional viu-se já várias vezes confrontada com o problema da densificação de *interesse específico* e com o problema da determinação da competência própria dos órgãos de soberania.
De uma forma tendencial, tem-se apontado para a existência de um interesse específico das regiões quando existam matérias que lhes respeitem exclusivamente *(critério da exclusividade)* ou quando se imponha uma especial disciplina jurídica de certas matérias em virtude dos condicionalismos regionais *(critério da especificidade).* Assim, a conjugação dos dois critérios ou a invocação de um deles levou já a considerar a existência de interesse específico no caso de: definição de carências dos municípios insulares para

efeitos de repartição de verbas (Ac TC 82/86), determinação do imposto de turismo (Ac TC 267/87), fixação de um complemento regional de salário mínimo (Ac TC 268/88) e fixação de limites de velocidade (Ac TC 308/89). Todavia, noutros acórdãos o TC pronunciou-se pela inexistência de interesse específico (exs.: Ac 42/85, imposição de localização da sede de pessoas colectivas; Acs 57/85 e 130/85, concessão de licenças de trabalho a bordo; Acs. 124/86, 160/86, 91/88, relativos ao direito estradai; Ac. 333/86, serviços do Estado na região; Ac TC 154/88 e 257/88, contrato de arrendamento de garagens.

O interesse específico não se sobrepõe ao princípio da competência própria dos órgãos de soberania, isto é, não há um interesse específico das regiões onde existir uma matéria reservada à competência própria dos órgãos de soberania (cfr. Ac. TC 92/92, DR, I, 7-4). Assim, por ex., não se pode invocar o interesse específico para perturbar a definição dos critérios da repartição da verba global deduzida ao Fundo de Equilíbrio Financeiro (Ac TC 82/86), para disciplinar autonomamente os actos de comércio externo (Ac TC 164/86), para regular matéria criminal (Ac TC 313/86), para legislar sobre tarefas e funções dos órgãos da República (Acs. TC, 333/86, e 348/86), sobre Forças Armadas e militarizadas (Ac TC 333/86, Ac TC 160/86, DR II, 14/5), sobre a definição dos bens do domínio público (Ac TC 280/90, DR I, 2/1/91) ou para alterar o Estatuto dos deputados regionais (cfr. Ac. 92/92).

2. Poder legislativo de actuação ou desenvolvimento

A LC 1/89 previu expressamente a hipótese de leis de bases da Assembleia da República desenvolvidas, em função do interesse específico das regiões, por *decretos legislativos regionais de desenvolvimento* (art. 229.°/l/c).[5a]

Não são poucas as questões que suscitam as leis de bases e os decretos legislativos regionais de desenvolvimento. Em primeiro lugar, não é líquido se as leis de base se configuram aqui — nas suas relações com os decretos legislativos regionais — nos mesmos termos em que se configuram as leis de bases em relação aos decretos-leis. A resposta é positiva mas carece de esclarecimento. A repartição da «função» legislativa entre «bases» e «desenvolvimento» implica, desde logo, que a legislação autónoma não pode estar em desconformidade com as leis de bases da República, pelo que se os decretos legislativos regionais violarem as leis de bases eles são inválidos não

[5a] Sobre a "história" desta inovação da LC 1/84 cfr., por último, PEDRO MACHETE, "Elementos para o estudo das relações entre os actos legislativos do Estado e das regiões autónomas no quadro da Constituição vigente", RDES, XXXIII (1991), p. 169 ss.; A. VITORINO, "Os poderes legislativos das Regiões Autónomas na segunda revisão constitucional" in *Leg.* 3 (1992), p. 25 ss.

apenas porque infringem o princípio da hierarquia (valor reforçado das leis de bases nos termos do art. 115.72) mas também porque não se contêm nos limites da competência fixados pela lei de bases. Todavia, as leis de bases podem constituir aqui um parâmetro ainda mais reforçado: as bases asseguram uma regulação normativa uniforme e comum e só a partir deste *mínimo denominador comum* será legítimo exercer o poder legislativo de desenvolvimento das assembleias legislativas regionais. As leis de bases podem não ser simples "leis de enquadramento", normativizadoras de alguns princípios fundamentais, mas sim leis pormenorizada e concretas, directamente aplicáveis. Todavia, dados os particularismos autonômicos, admitem o seu desenvolvimento através de decretos legislativos regionais. Desenvolver uma lei de bases, em sede regional, pode traduzir-se, assim, em adaptar o mínimo denominador comum da sua regulação — que, como se disse, poderá ser já uma regulação densa — aos interesses específicos das regiões. Esta ideia justificará mesmo a incidência da competência legislativa regional em matérias reservadas à lei (art. *\6S.°/f/g/n/v* e *x* em conjugação com o art. 229.° l/c). Esta densidade paramétrica da lei de bases explicará, porventura, a possibilidade de decretos legislativos regionais em matéria reservada à AR *(\ 68.°/f/g/n/v* e x) e a exclusão de sobre as mesmas matérias incidirem decretos legislativos autorizados.

3. Poder legislativo autorizado

Também através da LC 1/89 foi consagrada *expressis verbis* a possibilidade de *decretos legislativos regionais autorizados* (art. *229.°/l/b).* Os decretos-legislativos regionais autorizados estão sujeitos não só ao regime dos decretos-leis autorizados (art. 229.73/4) mas ainda a limites específicos: (1) negativamente, a autorização não pode ser pedida relativamente a questões que estejam reservadas à competência dos órgãos de soberania; (2) positivamente, a autorização só pode ser concedida para a emissão de decretos legislativos regionais em matérias de interesse específico para as regiões; (3) diferentemente do que acontece com os decretos-leis autorizados, exige-se aqui a «cláusula da junção» *(Junktim-Klausel),* pois as propostas de leis de autorização têm de ser acompanhados do anteprojecto do decreto legislativo regional e autorizar.

Ao contrário do que acontece com as competências primária e de desenvolvimento, em que surgem sempre como parâmetros mate-

riais a constituição e as leis gerais da República, o art. *229.°/1/b* não faz alusão aos limites das leis gerais da República. Aí está o seu significado profundo: em matérias não reservadas (ou seja, em matérias da competência concorrente da AR / Governo), a Assembleia da República pode autorizar as assembleias regionais a emanarem decretos legislativos regionais com um regime jurídico divergente do das leis gerais da República. Nisto reside a especificidade constitutiva das autorizações legislativas em relação às Regiões Autónomas. Não existe qualquer "autorização" ou "delegação" no sentido de as assembleias legislativas regionais alargarem os seus poderes legislativos a matérias reservadas à AR ou ao Governo. A autorização serve apenas para afastar limites estabelecidos por leis gerais da República.

Como assinala José Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional,* p. 28, o «novo instituto implicará, sobretudo, que passe a ser a Assembleia da República a autorizar o não acatamento regional de diplomas do Governo da República que constituam lei geral derrogável».

A técnica da delegação ou autorização a favor de decretos legislativos regionais representa uma *ampliação* das competências legislativas das assembleias legislativas regionais. Os decretos legislativo regionais de desenvolvimento constituem uma «extensão» dos poderes legislativos regionais porque, em princípio, embora as assembleias legislativas regionais possuissem competência legislativa esta tinha sempre como limite o parâmetro das leis gerais da República. Agora, a Assembleia da República permite às assembleias legislativas a emissão de decretos legislativos regionais contra leis gerais da república (mas não contra a lei de autorização). Note-se, porém, que esta ampliação não pode perturbar o sistema constitucional de organização, competência e funções dos órgãos de soberania nem a configuração constitucional dos poderes das regiões autónomas. Daí que os drecretos legislativos autorizados (1) incidam apenas sobre matérias de interesse específico; (2) não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania; (3) sejam condicionados pela «cláusula de junção» (apresentação do anteprojecto de decreto legislativo regional autorizado); (4) fiquem sujeitos não apenas ao controlo de legalidade e constitucionalidade exercido pelos tribunais e Tribunal Constitucional, mas também ao controlo político da Assembleia da República através do instituto da ratificação (art. 229.74)[6].

[6] Noutros países coloca-se também o problema da amplitude das *leis regionais delegadas.* Cfr., por ex., Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* II, 9.ª ed., 1976; Rudolf, «Die Ermáchtigung der Lãnder zur Gesetzgebung des Bundes», in *AÒR, °°*

B I *RELAÇÕES ENTRE O ORDENAMENTO ESTADUAL E O ORDENAMENTO REGIONAL*

I — Grupo normativo

A ideia de grupos normativos como o conjunto de normas hierarquicamente articuladas que confluem para regulamentação típica de um caso abstracto, pode ser testada nos problemas surgidos a propósito da relação existente entre os vários grupos de normas disci-plinadoras da ordem jurídica regional.

a) Constituição
b) Estatuto regional (lei estatutária)
c) Lei geral da República
d) Decreto legislativo regional

Representemos de uma forma gráfica o grupo normativo:

C — Constituição LE — Lei estatutária (Estatuto) LR — Lei da República DR — Decreto legislativo regional

(1) Constituição e lei estatutária
(2) Constituição e lei geral da República
(3) Constituição e decreto legislativo regional
(4) Lei estatutária e lei da República
(5) Lei estatutária e decreto legislativo regional
(6) Lei geral da República e decreto legislativo regional

II — Relações de parametricidade

1. Constituição e actos legislativos 1.1. *Constituição e lei estatutária*

Já atrás dissemos que os estatutos regionais são leis formais da Assembleia da República, embora o seu *iter* formativo seja diferente

(1963); Santiago Munõz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* I, p. 462 ss.

do das leis ordinárias, emanadas do órgão legislativo. A lei estatutária deve obedecer aos preceitos e princípios contidos na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade. Esta inconstitucionalidade pode derivar como já se disse, de "excesso de estatuto" quando os estatutos inserirem matérias estranhas ao âmbito material estatutos. Neste caso haverá inconstitucionalidade por "excesso de forma estatutária".

1.2. *Constituição e lei geral da República*

Parece também não haver grandes problemas sobre a necessidade de conformação formal e substancial das leis da República aplicáveis às regiões com as normas hierarquicamente superiores da Constituição. O vício eventualmente existente será ainda o de inconstitucionalidade.

1.3. *Constituição e decretos legislativos regionais*

Os decretos legislativos regionais têm uma tripla vinculação: à Constituição, ao estatuto e às leis da República. Qualquer decreto legislativo regional que viole directamente a Constituição é um diploma legislativo inconstitucional (cfr. arts. 278.°/2 e 279.73).

2. Lei estatutária e lei geral da República

Já não é tão fácil determinar a natureza do vício existente no caso de desconformidade entre as leis estatutárias e as leis da República. As hipóteses são as seguintes.

2.1. *Desconformidade das leis gerais da República com a lei estatutária*

a) *Inconstitucionalidade*

As leis gerais da República violam normas constitucionais, recolhidas nos estatutos regionais (ex.: lei da República que determinasse a elaboração do plano económico regional pelo Governo, contrariamente ao disposto no art. 234.°).

b) *Ilegalidade*
No caso de desconformidade entre as leis estatutárias e as leis gerais da República, existe ilegalidade fiscalizada pelos tribunais e de cujas decisões cabe recurso para o TC (arts. 28O.°/2/Z?/c e 281. *°/c/d).* O problema ganha entre nós aspectos particulares, pois ao contrário dos outros ordenamentos constitucionais, em que os estatutos são aprovados por *lei constitucional* (neste caso, a lei da República contrária à lei constitucional estatutária seria inconstitucional), os estatutos regionais revestem, como vimos, a forma de lei ordinária, embora obedecendo a tramitação processual específica. Sendo assim, a desconformidade configurar-se-á como um caso de *ilegalidade* por violação de lei com valor reforçado (lei estatutária). Esta é, de resto, a qualificação literalmente expressa nos arts. 280.72/è e *c* e 281.71/c e *d* na redacção da Lei 1/89).
O problema depende, em larga medida, do manejo dos critérios da hierarquia ou da competência. O primeiro levará a ideia de supremacia das leis gerais com consequente possibilidade de revogação de decretos legislativos caracterizado. O segundo impedirá a "inversão" ou "usurpação" de poderes regionais densificadores do interesse específico ao abrigo da autorização. Cfr., em sentido divergente Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição,* anot. X ao art. 229.° e Jorge Miranda, "Lei regional", p. 427.
2.2. *Desconformidade dos regulamentos e de outros actos dos órgãos de soberania com os estatutos*
Neste caso não há qualquer problema. É uma questão de simples ilegalidade: relação entre regulamento ou acto administrativo e a lei (estatuto).
3. Lei estatutária e decreto legislativo regional
Os diplomas legislativos emanados dos órgãos regionais têm de se conformar com os preceitos estatutários. A não conformidade dos decretos legislativos regionais com os estatutos pode ser ou uma simples *ilegalidade* ou uma *inconstitucionalidade,* no caso de violação de normas constitucionais meramente transcritas nos estatutos. Assim, por ex., se um decreto legislativo regional reservar o exercício de qualquer profissão ou acesso a qualquer cargo público aos naturais ou residentes na região, o decreto está não só a violar os estatutos (que contêm uma norma proibindo estas reservas), mas também a Consti-

tuição, porque esta, no art. 230.°, alínea c, proíbe expressamente essa mesma reserva. Nos outros casos, ou seja, naqueles em que há violação autónoma das lei estatutária por um decreto legislativo regional haverá ilegalidade (art. 280.72/Z? e 281.71/c).

4. Lei geral da República e decreto legislativo regional

As leis gerais da República preferem o direito regional. Sendo assim, as normas de decretos legislativos regionais *contra legem* incorrem no vício de *ilegalidade,* embora se possam também configurar vícios de inconstitucionalidade. Suponha-se, por ex., que um decreto regional estabelecia um regime para as associações e partidos políticos (cfr. art. 167.7c) contrário ou diferente do estabelecido em leis da República. O decreto era *ilegal* por violar a lei (cfr. arts. 280.72/Z? e 281.71/c), mas, antes disso, era inconstitucional porque violava a reserva absoluta de lei da Assembleia estabelecida na Constituição em matéria de associações e partidos políticos (art. 167 *°ld).* A única hipótese de desconformidade incensurável entre decreto legislativo regional e lei geral da República é a que se verifica hoje (depois da 2.ª Revisão) quando um decreto legislativo regional autorizado estabelece disciplina divergente da de uma lei geral da República nos termos do art. 229.71/è. O decreto legislativo regional está vinculado à lei de autorização, mas pode estabelecer disciplina contrária às leis gerais da República. É discutível se aos órgãos legislativos da República é facultado revogar o decreto regional autorizado consagrador de um regime divergente em relação ao de lei geral da República.

CAPITULO 21

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

6.° — O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO SUPRANACIONAL

Sumário

A) **NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL**

I — Direito internacional geral ou comum II — Direito internacional particular

B) DIREITO SUPRANACIONAL

I — Enquadramento jurídico-constitucional

1. Fundamento constitucional do direito supranacional

2. O direito comunitário no plano da hierarquia das fontes de direito

II — O problema do controlo

Indicações bibliográficas

Araújo, A — "Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Limitação dos efeitos do juizo de constitucionalidade (a norma do art. 277.°/2, da CRP)" in *Estudas sobre a Jurisprudência,* p. 9 ss

Lopes, N. A. A. B. —*A Constituição e o Direito Internacional,* Lisboa, 1979.

Martinez, P. R. "Relações entre o direito internacional e o direito interno", in *Direito e JustiçaJV* (1989/91), p. 163 ss.;

Medeiros, R. — "Relações entre as normas constantes de convenção internacionais e normas legislativas na Constituição de 76", in *O Direito,* 122, 1990, II p. 355 ss.

Ramos, R. M. G. -—*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua função face ao ordenamento jurídico português,* Coimbra, 1982.

Pereira, A. G. — "O direito internacional na Constituição", in J. Miranda, *Estudos sobre a Constituição,* Lisboa, 1971.

Soares, A. A. — *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno,* Coimbra, 1979.

Melo, Barbosa de — "A preferência da lei posterior em conflito com normas convencionais recebidas na ordem interna ao abrigo do n.° 2 do art. 8.° da Constituição da República", in *Colectânea de Jurisprudência,* IX, T. 4, 1989, p. 11 ss.

Miranda, J. — *Manual de Direito Constitucional.U.*

B, IeH
BEUTLER / BIEBER / PIPKORN / STREI.L, — *Die EuwpcHsche Gemeinschaftrechtsordnung und Politik,* 1979.
CAMPOS, A. M., — *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário,* Braga, 1981.
GEIGER, — *Grundgesetz und Volkerrecht,* Miinchen, 1984
JALLES, M. J. — «Implicações jurídico-constitucioniais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias — alguns aspectos», in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal,* n.° 116 (1980).
SPERDUTTI — *Vordinamento italiano e il diritto comunitário,* Padova, 1981.
VECCHIO, A. M. dei — *I problemi posli nell'ordinamento italiano delia attuazione delle normative comunitária e segnalamente delle direttive,* Milano, 1979.
ZAGREBELSKY, — *// sistema costituzionale delle fonti dei diritto,* cit., p. 119 ss.

A I *NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL*

Uma outra fonte de direito, constitucionalmente reconhecida, é constituída pelas normas de direito internacional. O tema será aprofundado na cadeira de Direito Internacional Público. Aqui registar-se-ão umas breves notas explicativas.

I — Direito internacional geral ou comum

Relativamente ao direito internacional geral ou comum, isto é, o direito formado pelas normas de direito consuetudinário e princípios gerais de direito comuns «às nações civilizadas», a Constituição estabeleceu o princípio de que as «normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português» (cfr. art. 8.°/I). Trata-se de uma fórmula oriunda do projecto da Constituição de Weimar[1] e geralmente interpretada como pretendendo significar que o direito internacional faz parte do direito interno (cfr. a velha fórmula de Blackstone, frequentemente citada — *international law is part of the law of the land).* Independentemente dos problemas que a fórmula adoptada pode levantar no domínio das relações entre o direito internacional e o direito interno, designadamente a questão do *monismo ou dualismo* e o problema do primado do direito interno ou do direito internacional[2], parece poder afirmar-se ter a Constituição

[1] A fórmula constante do projecto de Preuss era esta: *«das Reich annerkennt das geltende Volkerrecht ais Bestandteil seines eigenen Rechtes an» («O Império alemão reconhece o direito internacional em vigor como fazendo parte do seu direito interno»).* Cfr., A. Verdross, «Diritto internazionale e diritto interno secondo le costituzioni tedesche e austriache», in *Rivista de Diritto Internazionale,* Vol. LIX, 1976, pp. 5 ss.

[2] O debate doutrinal travado pela juspublicística portuguesa em face do art. 4.° da Constituição de 1933, ver-se-á em Gonçalves Pereira, *Curso de Direito Internacional Público,* Lisboa, 2.ª ed., 1970, pp. 87 ss. Depois da revisão de 1971, é importante o estudo de Afonso Queiró, *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno ante a Última Revisão Constitucional Portuguesa,* Coimbra, 1972. Em face da actual Constituição, cfr. André Gonçalves Pereira, «O Direito Internacional na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. 1, pp. 37 ss;

consagrado a doutrina da *recepção automática* das normas do direito internacional geral ou comum. Isto significa que estas normas são directamente aplicáveis pelos tribunais e outras autoridades encarregadas de aplicar o direito. Não necessitando de qualquer *transformação* em lei ou outro acto de direito interno para poderem ser consideradas incorporadas no ordenamento interno, as normas do direito internacional comum entram em vigor no direito interno ao mesmo tempo que adquirem vigência na ordem internacional.

Resta saber, porém, qual o valor jurídico das normas do direito internacional geral em face do direito interno. Reconhecer a *recepção automática* do direito internacional comum não significa, concomitantemente, proclamar a *superioridade* das normas de direito internacional perante as normas de direito interno. Falta, no texto constitucional, uma norma como a da *Grundgesetz* alemã (art. 25.°), onde depois de se afirmar, como no art. 8.° da Constituição portuguesa, que as normas do direito internacional geral são parte integrante do Direito federal, se acrescenta que «essas normas [do direito internacional geral] prevalecem sobre as leis, criando, de forma directa, direitos e obrigações para os habitantes do território federal».

Dada a não atribuição expressa, pela Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional geral, várias soluções poderão ser apontadas quanto ao valor destas normas[3]: (1) *valor constitucional* — as normas de direito internacional geral fariam parte integrante do direito constitucional português e a sua violação desencadearia o fenómeno da inconstitucionalidade; (2) valor *infraconstitucional mas supralegislativo* — as normas de direito internacional geral não podem valer contra a Constituição, mas têm primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao direito internacional geral; (3) *valor equivalente ao das leis,* podendo revogar actos legislativos anteriores e ser revogados por leis posteriores; (4) *valor supra-constitucional,* como expressamente estatui a Constituição holandesa.

Como veremos no capítulo dedicado ao problema da parametricidade da Constituição e dos vícios de ilegitimidade constitucional, a contradição das leis internas com o direito internacional é uma das hipóteses em que se poderá defender a existência de uma *ilegalidade.* (Cfr. *infra,* Cap. 27, C).

II — Direito internacional particular

Relativamente ao direito internacional particular, ou seja, o direito convencional constante de tratados ou acordos em que parti-

Albino de Azevedo Soares, *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno,* Coimbra. 1979 e, mais amplamente, o estudo de N. A. A. Bessa Lopes, *A Constituição e o Direito Internacional,* 1979. Cfr. ainda Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição,* anotação ao art. 8.°, e a bibliografia geral indicada.

[3] Cfr. Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos tratados na Ordem Interna Portuguesa (condições termo, limites),* Lisboa, 1976, pp. 42 ss.

cipe o Estado português (cfr. art. 8.72), a Constituição parece ter aderido também à tese da *recepção automática, condicionada* apenas ao facto de a eficácia interna depender da sua *publicação oficial.* Poderão suscitar-se dúvidas, motivadas pelo facto de a Constituição falar em «normas constantes de convenções internacionais *regularmente ratificadas ou aprovadas»,* se considerarmos a ratificação e aprovação como os actos internos inseridos no processo da criação do direito internacional transformadores da norma de direito internacional em norma do direito interno *(sistemas da transformação implícita).* No entanto, como os requisitos constitucionais de ratificação e/ou aprovação são requisitos de *validade* do tratado, pode dizer-se que a ideia do legislador constituinte foi a de aceitar a vigência das *normas* internacionais como tais e não como *normas internas.*

Problemática é também a posição hierárquica do direito internacional convencional no sistema das fontes de direito portugueses, dividindo-se a doutrina entre duas posições fundamentais: (1) valor *infraconstitucional* mas *supralegislativo* do direito internacional convencional; (2) *paridade hierárquico-normativa* entre as normas convencionais internacionais e os actos legislativos internos[4]. A paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs.: Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e Pacto Internacional sobre direitos económicos, sociais e culturais).

B I *O DIREITO SUPRANACIONAL*

I — Enquadramento jurídico-constitucional

Outra categoria de actos com assinalável importância no plano das fontes de Direito é constituída pelos *regulamentos comunitários* e outros *actos normativos* das *organizações supranacionais* (Comunidade Económica Europeia — C.E.E.; Comunidade Europeia do Car-

[4] Cfr. Bibliografia da nota 2 e ainda R. Moura Ramos, A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua função face ao ordenamento jurídico portuguesa,* Coimbra, 1982; J. Polakiewicz, "Volkervertrag und Landesrecht in Portugal. Der Streit um Art. 4.° do Decreto-Lei 262/83", in ZAõVR, 2/1987, p. 277 ss.

vão e do Aço — C.E.C.A.; Comunidade Europeia de Energia Atómica — Eurátomo e, por último, a *União Europeia* — U.E.).

É discutida a configuração jurídica destas organizações supranacionais-(i) *uniões internacionais de Estados,* cujos actos não incidem directamente sobre posições jurídicas dos próprios Estados, antes são *actos recebidos* pelos ordenamentos estaduais por força de uma norma interna; (ii) *órgãos dos Estados,* com a particularidade de serem comuns a diversos Estados o que leva a considerar os actos da comunidade como *actos internos* dos Estados que a ela pertencem; (iii) organizações de *natureza mista* fundadas com base num tratado internacional que, a respeito dos Estados, não se diferenciam das outras normas internacionais, mas que, ao mesmo tempo, se aproximam dos ordenamentos estaduais, porque podem emanar normas directamente disciplinadoras de certas relações jurídicas.

As normas supranacionais suscitam problemas delicados no campo do direito constitucional.

1. Fundamento constitucional do direito supranacional

O direito das comunidades europeias (desde os tratados que as instituiram, e que alguns autores designam como *constituições,* até aos *actos* — normativos, judiciários, executivos) — pressupõe uma limitação da competência das autoridades nacionais a favor dos órgãos comunitários. Ora, o primeiro problema que se nos depara é o de saber qual o fundamento ou *autorização* constitucional para esta limitação de soberania, conducente a uma *partilha ou transferência* de funções soberanas dos órgãos estaduais para os órgãos das organizações supranacionais.

Em relação a algumas Constituições, o problema encontra solução inequívoca no diploma constitucional. O art. 24.°/l da *Grundgesetz* estabelece que «A Federação pode transferir por via legislativa, direitos de soberania para as instituições internacionais»; o art. 11.° da Constituição italiana preceitua, por sua vez, que a Itália «consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem, asseguradora da paz e da justiça entre as nações».

A Constituição (arts. 7.76 e 8.73, na redacção das LCS 1/82, LC 1/89 e 1/92) ponderou o problema do valor das normas de organizações internacionais de que Portugal faça parte, estabelecendo que elas «vigoram directamente na ordem interna desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos» (cfr. art. 8.73).

Além disso, observadas as condições de reciprocidade, o princípio da subsidiariedade e o objectivo da realização da coesão económica e social, pode convencionar-se "o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia" (art. 7.76).

2. O direito comunitário no plano da hierarquia das fontes do direito

Muitas das normas do direito comunitário — os chamados *regulamentos* previstos no art. 189.° do tratado da CEE — constituem direito *self executing,* ou seja, direito imediatamente aplicável, sem necessidade de qualquer acto interno (lei, decreto) de transformação. E como alguns órgãos das comunidades têm o direito de editar actos normativos, de valor legislativo, pergunta-se se estes actos legislativos dos órgãos comunitários derrogarão as leis portuguesas internas com disciplina contrária e se, por sua vez, as leis internas poderão posteriormente adoptar disposições contrárias aos actos normativos primários das comunidades. A solução não é líquida. Às teses «euro-peístas» da *primazia do direito comunitário* (o direito comunitário teria, assim, como o direito internacional geral, um valor supralegis-lativo) e das *competências concorrentes* (admissão de uma legislação paralela dos órgãos comunitários e nacionais, na medida em que os actos nacionais não contrariem os actos comunitários), opõe-se a tese do «nacionalismo jurídico» (que, na sua versão mais radical, entronca nas velhas teorias dualistas do direito internacional), considerando o direito comunitário (quer seja *direito comunitário primário,* isto é, os acordos constitutivos das três comunidades, quer seja *direito comunitário secundário,* ou seja, as normas regulamentares editadas pelos órgãos comunitários competentes em aplicação dos «tratados fundado-res») como um estalão ou grau normativo idêntico ao dos actos legislativos internos. Independentemente da controvérsia entre «europeís-tas» e «nacionalistas», interessa salientar os pontos mais relevantes do direito comunitário no plano da hierarquia das fontes de direito.

a) *A primazia do direito comunitário*

Os tratados institutivos das comunidades europeias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade directa *(self executing)* constituem, com a adesão de Portugal à ordem jurídica comunitária, uma nova *fonte normativa* da ordem jurídico-constitucional portu-

guesa, em posição separada em relação aos actos legislativos internos, podendo impor-se relativamente a estes com base no *princípio da especialidade* ou da *competência prevalente.* Por outras palavras: a normativa comunitária tem preferência relativamente a legislação estatal[5]. Quando o princípio da especialidade não é suficiente, a doutrina mais recente afirma a superioridade do direito comunitário, traduzida na *força activa* dos regulamentos comunitários (podem revogar e modificar leis) e na *resistência passiva* dos mesmos relativamente a leis posteriores internas (não podem ser revogados nem modificados).

b) *Supremacia da Constituição*

A posição das normas comunitárias na hierarquia das fontes é sempre *infraconstitucional,* porque: (a) a supremacia do direito comunitário perante a Constituição tornaria supérfluas as próprias constituições; (b) a eficácia derrogatória, modificativa ou revogatória das normas da CEE sobre as normas da CRP equivalia ao reconhecimento de um processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais; (c) a supremacia do direito comunitário sobre o direito constitucional justificaria, em último caso, a possibilidade de superação dos limites materiais de revisão, violando abertamente o art. 288.° da CRP[6].
A necessidade de uma revisão extraordinária (L 1/92), para possibilitar a ratificação do tratado de Maastricht veio demonstrar que as normas comunitárias tem de estar conforme as normas constitucionais.

[5] A prevalência das normas comunitárias sobre as normas conflituantes de carácter interno, sem que a prevalência implique ab-rogação das normas precedentes ou invalidade das normas sucessivas designa-se por técnica da prevalência de aplicação *(Anwendungsvorrang).* Cfr. Geiger, *Grundgesetz und Volkerrecht,* p. 245 ss.

[6] Relativamente a este último ponto, os autores aludem a um *núcleo essencial da Constituição garantido contra o direito comunitário.* Cfr. Rupp, «Die Grundrechte und das Europáische Gemeinschaftsrecht», in *NJW,* 70, pp. 353 ss. Sobre o tema em geral cfr. Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil, *Die Europáische Gemeinschaft — Rechtsordnung und Politik,* 1977, pp. 75 ss; Sperduti, *Uordinamento italiano e il diritto comunitário,* Padova, 1981; Everling, "Zum Vorrang des Europáischen Gemeinschaftsrecht vor nationalen Recht", in DVBP, 1985, p. 1203 ss.; K. Friauf/R. Scholz, *Europarecht und Grundgesetz,* 1990; R. Strein, *Bundesverfassungs-gerichtliches Grundrechtsschutz und Europãisches Gemeinschaftsrecht,* 1989.

II — O problema do controlo

Mau grado a existência de um Tribunal das Comunidades para apreciar as questões suscitadas pelo direito comunitário, e não obstante a eventual inexistência de um controlo preventivo da inconstitucionalidade e consequente não-dependência de ratificação, dada a natureza *self executing* das normas legislativas comunitárias (cfr., porém, art. 278.°, no que respeita às normas de direito internacional), põe-se o problema de saber se os juizes e as partes num processo portugueses poderão suscitar o incidente da inconstitucionalidade em face do direito português. As normas comunitárias — dir-se-á — são «normas» para efeitos do art. 280.°, não estando previsto na Constituição qualquer regime privilegiado quanto ao seu controlo (ao contrário do que, de resto, acontece quanto ao direito internacional convencional nos termos do art. 277.72). Em sentido contrário é possível argumentar com a ideia de as normas comunitárias (o problema coloca-se sobretudo quanto aos *regulamentos)* não serem fontes de direito interno, mas fontes de um sistema jurídico autónomo. Por conseguinte, não existiria qualquer controlo — incidental ou principal — de consti-tucionalidade incidente sobre regulamentos comunitários.

Um eventual controlo não significa a aniquilação das normas comunitárias: os juizes portugueses conhecem e julgam inaplicáveis as normas comunitárias eventualmente desconformes com as normas e princípios constitucionais[7]. No entanto, os juizes devem também valorar a compatibilidade entre as leis comunitárias e as leis portuguesas, fazendo prevalecer as primeiras sobre as segundas, independentemente da relação de sucessão de leis no tempo. Aqui os juizes portu-

[7] Cfr. A. M. DEL VECHIO, *I problemi posti neliordinamento italiano dalla attuazione delle normativa comunitária e segnatamente delle direttive,* Milão, 1979. Veja-se, entre nós, M. ISABEL JALES, *Implications juridique-constitutionnelles,* cit., pp. 138 ss. A insindicabilidade dos regulamentos comunitários é, por vezes, defendida, não com base no seu carácter hierárquico superior à Constituição (tese de afastar como se esclarece no texto), mas com fundamento no facto de eles serem oriundos de entidades legiferantes não pertencentes aos ordenamentos nacionais. Cfr., A. VITORINO, *A Adesão de Portugal à CEE,* Lisboa, 1984; J. MOTA CAMPOS, A *ordem constitucional portuguesa e o direito comunitário,* Braga, 1981. Por último, cfr. STEIN, «Der Beschluss des 22 Oktober 1986 zum verfassungsgerichtlichen Uberpriifung des abgeleiteten europäischen Gemeinschaftsrechts am Masstab des Grundgesetzes», in *Zf-Òff. Recht und Volkerrecht,* 1987, p. 279 ss. Entre nós, cfr. NUNO PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz. legal e o processo do art. 177° do Tratado da CEE.*

gueses julgarão inaplicáveis as normas internas conflituantes com as normas comunitárias (cfr. LTC, art. 70.71/c e 71.72). Neste sentido, o Tribunal de Justiça da Comunidade tem sistematicamente repetido que o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições de direito comunitário, tem a obrigação de; garantir a plena eficácia dessas normas, desaplicando qualquer disposição contrastante da legislação nacional, mesmo posterior. O princípio da aplicação preferente *(Anwendungsvorrang)* exigirá, pois, a não aplicação da norma jurídica nacional e a aplicação da norma comunitária com ela colidente a uma solução de um caso através do juiz ou da administração.

CAPITULO 22

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

7.° — OS REGULAMENTOS

Sumário

Indicações bibliográficas

ANDRADE, J. C. —*Autonomia regulamentar e reserva de lei,* 1987.
CHELI, E. — *Potere regolamentare e struttura costituzionale,* Milano, 1967.
CORREIA, J. M. — *Noções de Direito Administrativo,* Lisboa, 1982, pp. 266 ss.
COUTINHO DE ABREU, J. — *Sobre os regulamentos administrativos,* Coimbra, 1987.
DUFFAU, J. M. — *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé* (pol.),
Paris, 1975.
MIRANDA, J. — «Decreto», in *Dicionário Jurídico de Administração Pública.* OLIVEIRA, M. E. — *Direito Administrativo,* Coimbra, 1980, pp. 102 ss.
PIÇARRA M. — "A Reserva da Administração", p. 56. QUEIRÓ, A. R. — *Lições de Direito Administrativo,* pp. 409 ss.
— «Teoria dos Regulamentos», in *RDES,* ano XXVII.

A I *FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO PODER REGULAMENTAR*

O regulamento é uma norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com carácter executivo e/ou complementar da lei[1]. É um *acto normativo* e não um acto administrativo singular; é um acto normativo mas não um acto normativo com valor legislativo. Como se disse, os regulamentos não constituem uma manifestação da função legislativa, antes se revelam produtos da função administrativa (cfr. art. 202.% e g). Devido ao facto de se tratar de norma subalterna, condicionada por lei, o regulamento está, por um lado, submetido ao *princípio da legalidade da administração;* por outro lado, o poder regulamentar, ou seja, o poder da administração criar normas jurídicas, deve ter um fundamento jurídico-constitucional.

O princípio da legalidade atrás referido será aqui entendido no sentido que actualmente dá a doutrina a tal princípio. Isto significa que a administração está vinculada à *lei* não apenas num *sentido negativo* (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num *sentido positivo* (a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre). É este o entendimento que transparece no art. 266.°/2: «Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei» (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1).

O fundamento do poder regulamentar a ter em conta é o *fundamento jurídico* do poder regulamentar e não a justificação *política, material ou prática* da atribuição de poderes normativos à administração.

Quanto fundamento jurídico do poder regulamentar, foram abandonadas as primitivas justificações (poder próprio e inerente a qualquer administração, expressão do poder discricionário de

[1] Cfr. na doutrina portuguesa: Afonso Queiró, *Teoria dos regulamentos,* 1." parte, in *RDES,* ano XXVII, p. 1, 2.ª parte, *RDES,* I (2.ª série), n. 1, p. 5; Sérvulo Correia, *Noções de direito administrativo,* I, 1982, p. 85; M. Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo,* cit., p. 103 ss.; Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos administrativos,* cit., p. 1987; Vieira de Andrade, *Autonomia regulamentar e reserva de lei,* p. 12 ss.

administração), considerando-se que o poder regulamentar encontra o seu fundamento na própria Constituição (Zanobini)[2]. O poder regulamentar configura-se, pois, como um poder *constitucionalmente fundado* e não como poder *criado por lei.* No art. 202.°, alínea *e),* atribui-se ao Governo competência para, no exercício de funções administrativas, «fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis». A administração do Estado tem, assim, um poder regulamentar directa e imediatamente fundado na Constituição. De poderes regulamentares directamente baseados na Constituição dispõem também os órgãos das regiões autónomas para regulamentar a legislação regional e as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania (art. *229.°/d).* É ainda a Constituição que fundamenta o poder regulamentar das assembleias das autarquias locais, embora vincando o princípio da ordem hierárquica das normas (cfr. art. 242.°)[3].

B I *REGIME CONSTITUCIONAL DOS REGULAMENTOS*

Dada a sua enorme relevância no âmbito do actuar normativo da administração[4] o estudo dos regulamentos como fonte de direito será feito com profundidade na cadeira de Direito Administrativo. No plano teorético-constitucional, já anteriormente foram fornecidas indicações sobre a problemática do poder regulamentar e suas atinências com o principio do Estado de direito democrático e com o problema da reserva de lei (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. I, B/IV). As considerações subsequentes pontualizam apenas alguns dos mais importantes problemas do regime constitucional dos regulamentos.

[2] Cfr. o clássico artigo de Zanobini, «La potestá regolamentare e le norme delia costituzione», in *Scritti vari di dirítto pubblico,* 1985, p. 145 ss.

[3] Cfr., Afonso Queiró, *Lições,* cit., pp. 431 ss. No plano jurisdicional cfr. Ac TC 184/84, DR, 1,9/3/89.

[4] Cfr., amplamente, Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo, cit.,* p. 409.° e «Teoria dos Regulamentos», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* ano XXVII; Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo,* Coimbra, 1980, p. 102; Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo,* Lisboa, 1982, pp. 99 ss. Na doutrina estrangeira, cfr. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale,* Milano, 1967; M. Lepa, «Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtssetzung durch Rechtsverordnungen», in *AÕR,* 105 (1980), p. 338 ss.

I — Relações entre as leis e os regulamentos

Costumam sintetizar-se em vários princípios fundamentais.

1. Princípio da preferência ou preeminência da lei

O regulamento não pode contrariar um acto legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos, proibindo-se expressamente os regulamentos *modificativos, suspensivos ou revogatórios* das leis (cfr. art. 115.75). Isto significa a inadmissibi-lidade, no direito constitucional português vigente, de «regulamentos delegados» ou «autónomos» em qualquer das suas manifestações típicas: (i) os *regulamentos derrogatórios* — regulamentos que, sem revogarem a lei, a substituam em certos casos determinados —, implicam o estabelecimento de uma disciplina excepcional com força de lei através de fontes secundárias, contrariando abertamente os princípios da preeminência da lei e do congelamento do grau hierárquico; (ii) os *regulamentos modificativos* — regulamentos que alteram a disciplina legislativa — implicam a revogação de preceitos legislativos, com a consequente violação dos princípios constitucionais da preeminência da lei e de congelamento de grau hierárquico; (iii) os *regulamentos suspensivos* — regulamentos que se limitam a tornar ineficaz uma norma legal preexistente, mas desprovidos de qualquer efeito inovador—implicam também a neutralização de uma fonte primária (a lei) através de uma fonte secundária (o regulamento) com a consequente violação dos princípios da hierarquia normativa e da preeminência da lei; (iiii) os *regulamentos revogatórios* — actos regulamentares que eliminam as leis do ordenamento jurídico — significam a completa inversão dos princípios da hierarquia normativa e da primazia da lei[5].

[5] Cfr., precisamente, nestes termos, Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação XV ao art. 115.° Uma excelente análise da disciplina constitucional dos regulamentos pode ver-se no Parecer 34/84, de 2-5--84, da Procuradoria-Geral da República, *BMJ,* n.° 341, onde se defende doutrina coincidente em largos aspectos com a defendida no texto. Merecem-nos apenas reticências algumas conclusões finais do referido Parecer. Cfr. também, Afonso Queiró, *Teoria dos Regulamentos,* cit., I.ª parte, p. 11; Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos,* p. 88 ss.; Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 248. No sentido de que a lei ordinária não pode validamente instituir, sem autorização constitucional expressa, fontes concorrenciais de si mesma, cfr. Crisafulli, *Lezioni,* p. 11/1, p. 110 ss.; Sinn, *Die Ânderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung,* 1971, p. 20 ss.

2. O princípio da precedência da lei

A preferência ou primazia da lei sobre o regulamento tornar-se--ia um princípio puramente formal se em matérias importantes ainda não reguladas por lei o regulamento pudesse adiantar-se na respectiva disciplina jurídica. Era isso que praticamente permitia a doutrina da vinculação negativa da administração. Para restringir o amplo grau de liberdade de conformação normativa da administração, pouco compatível com um Estado de direito democrático, a CRP utilizou três instrumentos:

— a *reserva de lei* (= reserva constitucional de lei = reserva horizontal de lei = reserva formal de lei) através da qual a Constituição reserva à lei a regulamentação de certas matérias.

— *congelamento do grau hierárquico,* dado que, de acordo com este princípio, regulada por lei uma determinada matéria, o grau hierárquico da mesma fica *congelado* e só uma outra lei poderá incidir sobre o mesmo objecto (cfr. art. 115.°/5).

— *precedência da lei ou primariedade da lei (=reserva vertical de lei),* pois não existe exercício de poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia anterior (art. 115.°/7).

O último princípio (o que agora particularmente nos interessa), encontra-se consagrado no art. 115.77 da CRP, onde se estabelece: (1) a precedência da lei relativamente a toda a actividade regulamentar; (2) o dever de citação da lei habilitante por parte de todos os regulamentos. Esta disciplina é, em princípio[6], extensiva a todas as espécies de regulamentos, incluindo os chamados *regulamentos independentes* (cfr. art. 115.76 e 7), isto é, aqueles cuja lei se limita a definir a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão. Um problema complexo que necessitará de investigação específica será o de saber se a precedência da lei pode ser substituída por *precedência de normas de direito internacional ou comunitário* (cfr. Ac TC 184/89, DR, I, 9-3-89).

[6] Diremos em princípio, porque a doutrina admite a possibilidade de regulamentos de *organização* e *regulamentos* de direcção de serviços que não carecem de acto legislativo prévio. Cfr. Afonso Queiró, *Lições,* p. 57; Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos,* p. 99; Garcia de Enterria / R. Fernandez, *Curso de Derecho Administrativo,* p. 213 ss; Zagrebelsky, *// sistema,* cit., p. 209.

3. Princípio da complementaridade ou acessoriedade dos regulamentos
O regulamento é sempre um acto normativo da administração *sujeito à lei* e *complementar da lei.* O sentido da complementaridade dos regulamentos não é o de a CRP (cfr. art. 202.°/c) legitimar apenas os *regulamentos de execução* (regulamentos necessários para as leis serem convenientemente executadas e que a administração deve editar por iniciativa própria). Abrangem-se também os regulamentos complementares, referidos genericamente a uma lei cujos fins e sistema normativo vão desenvolver[7]. A lei constitucional autoriza ainda a emanação de *regulamentos independentes* (cfr., precisamente, art. 115.°/6) ou seja, aqueles em que a lei (existe sempre a vinculação positiva da administração) se limita a indicar a autoridade que poderá ou deverá emanar o regulamento e a matéria sobre que versa.
4. O problema dos regulamentos autónomos
A defesa, por alguns autores, de *regulamentos autónomos,* isto é, regulamentos à margem de qualquer norma habilitadora do legislador, não radica, hoje, na reivindicação de um campo livre da administração, no sentido de administração desvinculada do «direito». A pretensão de regulamentos autónomos caracterizados como (1) os regulamentos não carecidos de lei prévia para intervir; (2) não complementares ou executivos de qualquer lei, parte de uma dupla ordem de considerações. Em primeiro lugar, os regulamentos autónomos não são regulamentos livres, dado estarem sujeitos a uma dupla série de limitações: (i) o *«bloco da constitucionalidade»,* porque a constituição é sempre uma lei superior heteronomamente impositiva da conformidade material e compatibilidade formal dos regulamentos com as normas constitucionais (isto é, o princípio da legalidade é substituído aqui pelo princípio da constitucionalidade, funcionando a constituição como lei); (ii) os *princípios gerais do direito* (principio da igualdade, princípio da não retroactividade, princípio do contraditório, princípio da fundamentação, princípio da publicidade, princípio do duplo grau de jurisdição) conformam sempre, da forma positiva, qualquer disciplina regulamentar. Em segundo lugar, existem domínios da administração

[7] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição,* p. 65; Rogério Soares, *Direito Administrativo,* I, p. 91.

— a administração económica e de prestações — onde uma exigência da precedência da lei não é compatível com a necessidade de prossecução eficiente e justa dos interesses públicos.

Nenhuma destas considerações é suficiente para justificar, na ordem constitucional portuguesa, a existência de regulamentos autónomos em manifesta contradição com o art. 115.°/7 da CRP, até porque se o Governo tiver necessidade de criar disciplina normativa autónoma e originária tem sempre à sua disposição o instrumento dos decretos-leis[8]. Não existe, pois, um poder regulamentar originário e autónomo, constitucionalmente fundado, como existe na constituição francesa. Esta nota carece, porém, de três observações. A primeira é a de que a existirem regulamentos autónomos isso significará ser a Constituição fonte imediata, pois não existe lei prévia. Neste caso pergunta-se: quando, como e de que forma é recognoscível na constituição a autorização para a emanação de regulamentos autónomos?

A rejeição de regulamentos autónomos — é esta a segunda observação — não significa negar relevância ao fenómeno atrás observado da administração por objectivos. Por isso, as leis, em vez de serem actos legislativos fixadores de competências, são actos definidores de funções e objectivos que, implicitamente, transportam autorização ao Governo no sentido de emanar regulamentos necessários à prossecução desses fins ou objectivos. Se a prossecução dos fins e objectivos da lei implica o exercício do poder regulamentar, isso aponta para a ideia de «habilitação legal implícita» da emanação de regulamentos[9].

Finalmente, os «regulamentos autónomos» não se devem confundir com os regulamentos dos entes autónomos como em seguida se demonstrará.

[8] Cfr., porém, AFONSO QUEIRÓ, «Teoria dos Regulamentos», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* ano XXVI, 1980, pp. 8 ss; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo,* pp. 107 ss; idem, *Legalidade e autonomia contratual,* cit., p. 214 ss. No sentido do texto, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação IV ao art. 202.°; COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos,* p. 74 ss.; NUNO PIÇARRA, "A reserva da Administração", cit., p. 51 seg.

[9] Os regulamentos assim emanados assumirão de facto, por vezes, a dimensão de regulamentos *praeter legem.* Para nós, eles serão ainda regulamentos *secundutn legem* — de acordo com os objectivos e fins — aproximando-se dos regulamentos independentes. Só neste sentido serão explicáveis as posições de AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos Regulamentos,* cit., p. 12, e de SÉRVULO CORREIA, *Noções,* p. 107 ss.

5. Princípio do congelamento do grau hierárquico

Quando uma matéria tiver sido regulada por acto legislativo, o grau hierárquico desta regulamentação fica congelado, e só um outro acto legislativo poderá incidir sobre a mesma matéria, interpretando, alterando, revogando ou integrando a lei anterior. Os princípios da tipicidade e da preeminência da lei justificam logicamente o princípio do congelamento do grau hierárquico: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir.

Este princípio não impede, rigorosamente, a possibilidade de *deslegalização* ou de *degradação do grau hierárquico.* Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por *regulamentos* (cfr. Ac TC 203/86, DR, II, 26-8-86).

A *deslegalização* encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista uma *reserva material-constitucional de lei,* a lei ou o decreto-lei (e, eventualmente, também, decreto legislativo regional no caso de autorização legislativa) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei.

A função da lei deslegalizadora é clara: (i) função de *abaixamento de grau,* pois sem a existência da lei deslegalizadora tornam-se inconstitucionais os actos regulamentares com disciplina inovadora ou contrária a uma norma legal; (ii) *função autorizante,* dado a lei deslegalizante ser simultaneamente uma lei autorizante de disciplina material através dos regulamentos[10].

6 Princípio da separação entre o «direito da lei» e o «direito dos regulamentos»

E um princípio de grande relevância no caso de *reenvios normativos* da lei para a administração no sentido de esta executar ou complementar os seus preceitos. Sempre que a lei autoriza ou habilita a administração a complementar ou executar os seus preceitos, isso

[10] Cfr., por último, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos,* cit. p. 249 ss.

não significa a elevação dos regulamentos ao estalão legislativo, pois tal é expressamente proibido pelo princípio da tipicidade das leis (cfr. art. 115.°/5). Daí que: (a) a norma regulamentar executora ou complementar continue a ser uma norma separada e qualitativamente diferente da norma legal, pois a norma legal reenviante não incorpora o conteúdo regulamentar nem lhe pode atribuir força legal; (b) ambas as normas mantenham a natureza e hierarquia respectivas, não se verificando qualquer fenómeno de integração".

II — Os regulamentos dos entes autónomos

O discurso sobre os regulamentos teve até aqui como objecto principal e quase exclusivo os regulamentos do poder executivo (administração central). Mas já atrás, ao discutir-se o princípio da reserva de lei, se deu a entender (cfr. *supra)* que os regulamentos dos entes autónomos, sobretudo os das autarquias locais, colocavam problemas especiais. As relações entre a lei e os regulamentos dos entes autónomos não é inteiramente semelhante à dos regulamentos da administração central. Os regulamentos das autarquias locais não são meros «prolongamentos das leis» mas a manifestação de um poder normativo descentralizado (cfr. *supra).* Se a lei pode regular os confins entre as duas fontes, ela não pode eliminar o próprio núcleo essencial de reserva autónoma regulamentar. Neste sentido, os regulamentos dos entes autónomos são, nos próprios termos constitucionais, (cfr. art. 242.°) subordinados à lei, mas esta encontra limites inderro-gáveis na *natureza ordenamental autónoma* (reserva do núcleo essencial da regulação autonômica como limite da preferência, precedência e reserva de lei). Além disso, o facto de as leis referentes às autarquias locais serem, frequentemente, leis atribuidoras de funções reconduz, muitas vezes, os regulamentos dos entes autónomos a «regulamentos independentes». Finalmente, tendo em conta as especificidades locais, a lei, mesmo em matérias reservadas que exigem sempre um *regime legal* substancial, pode «autorizar» complementações regula-

[1] É uma prática incorrecta e inconstitucional do legislador, quando certas leis consideram os regulamentos executivos ou complementares como «parte integrante da lei». Cfr., precisamente, CERVATI, in *Ciur Cost,* 1981,1, p. 1614 ss; MERZ, «Osservazioni sul principio di legalità», in *RTDP,* 1976, p. 1389 ss.

mentares a cargo de regulamentos autónomos das autarquias locais [12], *secundum legem,* isto é, dentro da lógica e do sistema normativo-legal[13]. Neste sentido poderá admitir-se uma "reserva de administração vertical".

[12] Explorando este filão cfr., entre nós, VIEIRA DE ANDRADE, «Autonomia regulamentar e reserva de lei», in *Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Queira,* 1987; ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade,* Coimbra, 1990, p. 217 ss. Cfr., também, Parecer PGR 1/89, BMJ, n.° 386 (1989), p. 43 ss. No plano jurisprudencial, cfr. Ac TC 452/87, DR, I, 2. 1-88.

[13] Cfr., precisamente NUNO PIÇARRA, «A Reserva», p. 57.

CAPITULO 23

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

8.º — OS DECRETOS

Sumário

A) O SENTIDO DO TERMO DECRETO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. Actos solenes e definitivos do órgão representativo
2. Actos solenes e definitivos do poder executivo
3. Actos do poder legislativo ainda não definitivos

B) OS DECRETOS NA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

1. Decretos do Presidente da República
2. Decretos do Governo
3. Decretos das regiões autónomas

Indicações bibliográficas

MIRANDA, J. — «Decreto», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública.*

A I *O SENTIDO DO TERMO DECRETO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS*

Circunscrevendo-se apenas à época do início do constitucionalismo português, pode dizer-se que o termo *decreto* assume um triplo significado.

1. Actos solenes e definitivos do órgão representativo

As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes começaram por emanar, sob a forma de decreto, algumas das suas mais importantes deliberações (exs.: Decreto de 26 de Janeiro de 1821, ordenando a continuação no Governo da Junta Provisional; Decreto de 9 de Março de 1821, estabelecendo as bases da Constituição).

2. Actos solenes e definitivos do poder executivo

Ao rei, na qualidade de titular do poder executivo, é reconhecido o direito de expedir *decretos* (cfr. arts. 122.° e 161.7c da Constituição de 1822).

3. Actos do poder legislativo ainda não definitivos

A partir da Carta Constitucional (art. 55.°), passaram a designar--se por *decretos* os diplomas já aprovados pelo órgão legislativo (cortes, câmaras, parlamento), mas ainda não promulgados ou sanciona-dos pelo rei ou chefe do Estado. Nesta tradição se inserem hoje os decretos da Assembleia da República (arts. 139.71/3 e 278.71).

B I *OS DECRETOS NA ACTUAL CONSTITUIÇÃO*

O art. 122.° da Constituição alude a várias categorias de decretos.

1. Decretos do Presidente da República
A Constituição, além da menção do art. 122.77 *-d,* só faz referência aos *decretos de dissolução* da Assembleia da República (art. 175.72). Mas muitos outros actos políticos do Presidente da República revestem a forma de decreto, podendo dizer-se que, na falta de especificação, revestem a forma de decreto todos os actos do Presidente da República ': nomeação e exoneração do Primeiro-Ministro e restantes membros do Governo (art. 190.°); dissolução da AR (art. 136.7e); nomeação e exoneração do Ministro da República para as regiões autónomas (arts. 136.7/ e 232.°); nomeação e exoneração do Presidente do Tribunal de Contas e do Procurador-Geral da República (art. 136.7m); marcação do dia de eleição para deputados (art. 136.7b); convocação extraordinária da AR (art. 136.7c); dissolução ou suspensão dos órgãos das regiões autónomas (art. 136.7/); indulto e comutação de penas (art. 137.7/)[2].
Todos estes decretos (e a indicação não é exaustiva) são *decretos políticos,* representando uma das formas de exercício da competência do Presidente relativamente ao funcionamento de outros órgãos e para a prática de actos próprios. Uma indicação especial merecerá o *decreto de declaração do estado-de-sítio ou de emergência* (art. 137.*°ld* e art. 19.°), geralmente qualificado, na teoria da Constituição, como decreto de execução dos *parágrafos de ditadura* (art. 16.° da Constituição de Weimar) ou das *cláusulas de plenos poderes* (art. 16.° da Constituição francesa de 1958). Entre as medidas abrangidas pelo decreto de declaração de estado-de-sítio podem incluir-se medidas de *carácter normativo,* modificando, suspendendo ou revogando outros actos normativos, restringindo ou suspendendo alguns direitos fundamentais. Neste sentido, o decreto de declaração do estado-de-sítio ou de emergência, além de um carácter marcadamente político, revestirá também uma dimensão normativa, de particular interesse para a questão do eventual controlo (judicial ou não) destes actos. Sob pena de inexistência (art. 137.7c?), deve este decreto ser assinado pelo Presidente da República (art. 140.°), referendado pelo Governo (art. 143.°) e autorizado ou confirmado pela Assembleia da República (art. 141.71/ 2 **e** 164.7m).
Note-se que o decreto presidencial do estado de sítio em-

[1] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* art. 122.°

[2] Cfr. JORGE MIRANDA, «Actos e funções do PR», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. 1, 1977, pp. 261 ss.

bora de carácter normativo está legalmente vinculado às normas reguladoras das situações de excepção constitucional (cfr. CRP, art. 19.° e L 49/86, de 30.9).

2. Decretos do Governo

Foi já referida a categoria mais importante dos decretos do Governo: os *decretos-leis.* O art. 122.°/\-*h* fala dos decretos do Governo, mas apenas em relação aos decretos-leis há uma referência mais precisa no texto constitucional (art. 201.°). Em relação aos outros actos do Governo, estabelece o art. 115.°/6 que os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes. Assim, devemos continuar a distinguir (cfr. art. 137.7b) entre *decretos regulamentares,* que carecem de promulgação do Presidente da República, e *decretos simples* que apenas exigem a simples assinatura do PR. Os primeiros contêm ou aprovam um regulamento do Governo; são, pois, *decretos normativos* emanados do Governo. Os segundos, que não carecem de promulgação, mas devem ser assinados pelo Presidente da República (art. 137 *°lb),* ou são forma de expressão de certos actos políticos do Governo ou contêm actos administrativos do mesmo. A estas duas categorias há a acrescentar o *decreto de aprovação de tratados* e *acordos* internacionais (cfr. 200.72 e 278.71).

3. Decretos das regiões autónomas

Referidos no art. 122.°, os decretos das regiões autónomas recon-duzem-se a quatro categorias, de acordo com o valor jurídico e o sujeito que pratica o acto.

(1) *Decretos legislativos regionais:* são os actos legislativos que as assembleias regionais podem elaborar nos termos do art. 229.°, alíneas *a, b* e *c) e d* da Constituição (cfr. arts. 115.71 e 3 e 122.71-c).

(2) *Decretos regulamentares regionais:* são os decretos das assembleias legislativas regionais elaborados para regulamentação das leis gerais emanadas dos órgãos de soberania nos termos do art. 229.°, alínea *d* da Constituição (art. 122.71 *Ih,* 235.° e 278.72).

(3) *Regulamentos dos governos regionais:* visam a regulamentação das leis regionais (art. 229.°/d), mas a CRP só se refere a decretos regulamentares regionais.
(4) *Decretos do Ministro da República,* expedidos com o fim de coordenação da actividade dos serviços centrais do Estado com os órgãos das regiões autónomas. Dado o carácter híbrido da figura do Ministro da República, simultaneamente símbolo da soberania da República e, nessa medida, desempenhando funções sucedâneas do Presidente da República, e representante do Governo (coordenador da actividade dos serviços centrais, dispondo para isso de competência ministerial e tendo assento em Conselho de Ministros nos termos do art. 232.°/2), os decretos do Ministro da República aproximar-se-ão, umas vezes, dos decretos políticos do Presidente da República (decreto de nomeação do presidente do governo regional, decreto de exoneração), e, outras vezes, dos decretos e outros actos de natureza idêntica à dos ministros (portarias, despachos). A forma dos actos do Ministro da República está agora prevista na Constituição, no art. 122.°/l-*h,* na redacção que lhe foi dada pela LC 1/82.

CAPÍTULO 24

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

9.° — ACTOS NORMATIVOS ATÍPICOS

Sumário

Indicações bibliográficas

BERTOLINI, G. — «Appunti sulForigine delia dottrina degli interna corporis», in *Studi per il Ventesimo Anniversario deli 'Assemblea Cosíituente,* Firenze, 1969, pp. 25 ss.

MIRANDA, J. — «Competência interna da Assembleia da República», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. I, p. 291. SCHMELTER — *Rechtschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehõrende Akte der Legislative,* Berlin, 1977. BOUDET, F. — «La force juridique des resolutions parlamentaires», in *RDPSP,* 1958, pp. 271 ss.

QUEIRÓ, A. R. — *Lições de Direito Administrativo,* p. 361. CAPITANTIR — «La coutume constitutionnelle», in *RDPSP,* 1979. HARVEY-BATHER — *The British Constitution,* 4.ª ed., London, 1972, p. 519. LEVY, D. — «De 1'idée de coutume constitutionnelle à 1'esquisse d'une théorie des sources en droit constitutionnelle et leur sanction», in *Mélanges Eisenmann,* Paris, 1975. MIRANDA, J. — *Manual,* 1/2, pp. 339 ss.

RESCIGNO, G. U. —*Le convenzione costituzionale,* Padova, 1972. TOMUSCHAT, C. — *Verfassungsgewohnheitsrecht,* Heidelberg, 1972. ZAOREBELSKY, G. — *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delia fonti di diritto,* Torino, 1970.

AI *REGIMENTO DE ASSEMBLEIAS*

I — Natureza jurídica **1. Reserva de regimento**

O art. 178.°/« refere-se à competência interna da Assembleia, dispondo que à Assembleia da República compete elaborar e aprovar o seu regimento interno. Por sua vez, o art. *l22.°/l/f,* exige a publicação no *Diário da República* não só do regimento da AR mas também dos regimentos do Conselho de Estado e das assembleias legislativas regionais dos Açores e da Madeira. Deixando de lado os actos tipicamente regulamentares de natureza interna (relativos ao serviço da presidência, a grupos parlamentares), o acto normativo que estabelece as normas necessárias à organização e funcionamento da Assembleia da República não é um regulamento mas um estatuto; é uma *lei estatutária.* Só o peso de uma tradição que relegava os chamados regulamentos administrativos *(Verwaltungsanordnungen)*' para o campo meramente interno e que não reconhecia às normas organizatórias um carácter jurídico, pode justificar que, ainda hoje, o estatuto de um órgão de soberania seja qualificado de regulamento interno. E isto é tanto mais de relevar quanto é certo ter a nossa Constituição, em relação a outro órgão de soberania (Governo), considerado *matéria reservada,* a regular por acto legislativo (cfr. art. 201.°/2), a respectiva organização e funcionamento. Em relação ao órgão representativo não se exige que o acto regulamentador da sua organização e funcionamento revista a forma de *acto legislativo*[2] (cfr. art. 169.°), embora se

[1] A opinião que hoje parece ser prevalecente quanto à caracterização jurídica dos regulamentos parlamentares *(Geschäftsordnung) é* a que os considera como *normas autónomas (autonome Satzungen).* Cfr. MAUNZ / DÚRIG / HERZOG, *Kommentar,* Vol. 1, art. 40.°. Observações semelhantes às do texto ver-se-ão em CRISAFULLI, *Lezioni,* cit., Vol. II, p. 117.

[2] Observe-se, contudo, que a exigência de promulgação e de referenda quanto aos actos legislativos pode justificar esta atitude, na medida em que aqueles actos poderiam representar uma invasão da reserva do Parlamento pelo Presidente da República e pelo Governo.

considere existir uma verdadeira *reserva de regimento,* tradutora da autonomia normativa interna da AR.

2. Publicação

Na redacção originária da CRP não se previa qualquer forma de publicação para o regimento da AR. Tal regimento não pode deixar de ser público, pois a própria Constituição lhe reconhece *efeitos externos* de particular relevo (os membros do Governo têm o direito de comparecer às reuniões da Assembleia, podendo usar da palavra nos *termos do regimento* — art. 80.°; os cidadãos podem dirigir *petições* à Assembleia — art. 244.°).

Deste modo, o regimento não pode furtar-se à publicação. Eis o motivo pelo qual a LC n.° 1/82 veio determinar a publicação, no *Diário da República,* dos regimentos, quer da Assembleia da República e das assembleias legislativas regionais, quer do Conselho de Estado (art.

3. Actos 'interna corporis'

O regimento é um verdadeiro estatuto, com normas directamente executivas da Constituição *{Ergãnzungsnormen, Ausfiihrungsnormen zur Verfassung),* como são, por ex., as normas referentes aos direitos dos deputados e grupos parlamentares (arts. 159.° e 183.°) e ao processo de formação das leis[4].

O regimento é, assim, um acto normativo específico não reconduzível a acto legislativo.

II — Controlo da constitucionalidade e da ilegalidade **1. Ilegalidade de leis**

Pode suscitar-se o problema de saber se existirá *ilegalidade da lei* quando se viole as disposições regimentais (por ex., uma lei apro-

[3] Cfr. também L n.° 6/83, de 29-5-83, *DR* I, 29-7-85 (Publicação, Identificação e Formulário de Diplomas), art. 3.°-1.

[4] Cfr., por último, R. Ohazelle / M. Laflandre, «Le rappel au Réglement», in *RDP,* 3/1990, p. 676 ss.

vada na generalidade por uma comissão sem ser submetida a deliberação do plenário). A doutrina tem entendido não haver possibilidade do controlo destes vícios *interna corporis*[5]. Levada ao extremo, esta tese excluiria a possibilidade do controlo dos vícios relativos à formação da própria vontade legiferante e determinantes da própria existência da lei. Esta a razão justificativa do facto de hoje se tender a admitir que, invocada a inconstitucionalidade de uma lei por violação do regimento, o órgão competente para o controlo possa verificar a regularidade do processo de formação de acordo com o regimento, a fim de, concomitante-mente, poder certificar-se da violação ou não da própria Constituição[6]. Resta saber se a violação de normas regimentais directamente executoras da Constituição não configurará um caso de *ilegalidade* sujeito a controlo jurisdicional e se para este efeito não será de atribuir ao regimento o estatuto de "lei reforçada"

2. Apreciação da inconstitucionalidade

As próprias normas regimentais podem vir a ser objecto de um juízo de constitucionalidade, pois o regimento é um acto normativo vinculado à Constituição. Imagine-se que o regimento admitia, contra a Constituição, a votação das leis sem debate (art. 171.71), que retirava os direitos constitucionais aos grupos parlamentares ou excluía o direito de recurso contencioso aos funcionários da AR[7].

[5] É uma tradição que remonta ao direito parlamentar inglês em que se reconhece ao parlamento a competência to *exclusive cognizance of internai procedings.* Assim, logo na célebre Declaração de Direitos *(BUI of Rights)* de 1689, o art. 9.° dispunha que «a liberdade de palavra, e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos à acusação ou apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio Parlamento». Cfr., sobre isto, G. Bertolini, «Appunti sull'origine e sul significato originário delia dottrina degli interna corporis», in *Studi per il Ventesimo Anniversario delVAssemblea Costituente,* Firenze, 1969, Vol. V, pp. 25 ss; Schmelter, *Rechsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehòrende Akte der Legislative,* Berlim, 1977. Cfr., entre nós, Jorge Miranda, «Competência interna da Assembleia da República», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. I, cit., pp. 291 ss.

[6] Mas a lei deve considerar-se válida a não ser que contenha normas violadoras da própria Constituição. Cfr. Maunz / Durig / Herzog, *Kommentar,* Vol. 1, art. 40.°; Lavagna, *Diritto Costituzionale,* cit., p. 240. A violação autónoma do regimento pode conduzir apenas a uma questão de ilegalidade, de contornos muito inseguros. Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação IV ao art. 178.°

[7] Sobre isto cfr. Crisafulli, *Lezioni,* cit., p. 120; «Giustizia costituzionale e potere legislativo», in *Stato, Popolo, Governo,* Milano, 1985, p. 235; TH. Renoux, *Le*

A Comissão Constitucional abordou o problema da inconstitucionali-dade do Regimento no Parecer n.° 1/80, in *Pareceres,* Vol. II, pp. 23 ss, considerando que seja qual for a forma que devam revestir os preceitos regimentais eles estão «sujeitos a um regime jurídico que claramente os coloca à luz do direito positivo português, no âmbito do art. 281.71, até porque o art. 178.°, assim como o art. 115.°, determinam a sua subordinação à Constituição. E efectivamente, nenhuma razão existe para não entender aplicável às disposições regimentais o controlo *a posteriori* previsto naquela norma constitucional de garantia».

Sendo os preceitos regimentais verdadeiras normas jurídicas com efeito externo, obrigatoriamente publicados no *Diário da República* (art. 122.71-/), eles estão sujeitos à fiscalização concreta da constitucionalidade nos termos do art. 280.° e à fiscalização abstracta sucessiva nos termos do art. 281.71 *Ia.*

B I *RESOLUÇÕES*

I — As resoluções na Constituição de 1976

O termo *resolução* é utilizado frequentemente para caracterizar certas deliberações dos órgãos colegiais[8]. Na Constituição fala-se em *resoluções* a propósito de vários órgãos de soberania:

a) resoluções da Assembleia da República (cfr. CRP, arts. 122.71/e, e 169.74 e 5, e L n.° 6/83, art. 3.7e);

b) resoluções das Assembleias Regionais (cfr. art. 122.71A? e L n.°6/83, art. 3.71/g);

Conseil Constitutionnel et Vautorité judiciaire. Paris, 1984, p. 74; Ph. Terneyre, «La Procèdure legislative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», in *RDP,* 3/1985, p. 691 ss.

[8] Cfr. F. Boudet, «La force juridique des résolutions parlamentaires», in *RDPSP,* 1958, PP. 271 SS; Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo,* cit., p. 361; Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos de Estado,* cit., p. 339 ss. No plano jurispruden-cial, cfr. Ac TC 184/89, DR I, 9-3-89.

[I)] Note-se que nos arts. 200.71-d e 203.71 se fala somente de propostas de resolução a apresentar à AR, mas a resolução é também uma forma que podem assumir os actos do Governo. Cfr. DL n.° 6/83, de 29 de Julho (Publicação, Identificação e Formulário dos Diplomas), art. 3.71-/, e art. 8.7/, que se refere expressamente a «resoluções do Conselho de Ministros».

c) resoluções do Conselho de Ministros[9] (L n.° 6/ 83, arts. 31.71 e 8.7c).
O texto constitucional refere-se, como vemos, às resoluções, mas não fornece em nenhum facto elementos seguros para o recorte desta categoria jurídico-constitucional. Neste aspecto, apenas se limita a seguir a prática constitucional que considera as resoluções como uma forma de as assembleias, e, eventualmente, outros órgãos de soberania, manifestarem as suas intenções e tomarem decisões, sem que seja necessário adoptar um acto normativo (lei, decreto-lei, decreto-regula-mentar). Como a resolução pode ser um instrumento formal, utilizado não apenas pelas assembleias parlamentares mas ainda por outros órgãos de soberania (Governo), afigura-se-nos de pouco préstimo a ideia corrente no direito francês segundo a qual as resoluções são as decisões que resultam do voto de uma só Câmara (Duguit) e não promulgadas (Prelot) [10]. Embora seja inaproveitável esta noção, quer porque restringe as resoluções a actos de assembleias parlamentares, quer porque tem em vista um sistema bicameral, acentua, no entanto, um elemento formal que no nosso regime constitucional caracteriza as resoluções: *a desnecessidade de promulgação* pelo Presidente da República (cfr. art. 169.75, quanto às resoluções da Assembleia da República).

II — O problema do controlo das resoluções

Uma outra característica das resoluções — e que levanta problemas graves — reside no facto de elas não estarem sujeitas ao *controlo jurisdicional.* Esta característica fundamenta-se, geralmente, no princípio da separação dos poderes e na ideia de as resoluções consti-tuirem um acto puramente interno do órgão de soberania que as adopta. Dessa forma, embora se não negue a *necessária conformação das resoluções com a constituição e com a lei,* evita-se submetê-las ao controlo de constitucionalidade e de legalidade. É o que acontece, como já vimos, relativamente à resolução da Assembleia da República que aprovou o regimento. O mesmo poderá acontecer com outras resoluções da AR e das assembleias regionais. Nestes casos, é

' Cfr. Boudet, *cit.,* pp. 273 e 274.

1

discutível se não se deverá ultrapassar a tese clássica da não justiciali-dade das resoluções e submetê-las ao controlo exigido quer pelo princípio da constitucionalidade quer pelo princípio da legalidade da administração. A exigência de publicação, no *Diário da República,* das resoluções (cfr. art. 122.71/e, na redacção que lhe foi dada pela LC n.° 1/82), vem facilitar este entendimento. O controlo da inconsti-tucionalidade impor-se-á, pelo menos, nas *resoluções de conteúdo normativo*[10'0].

Um outro ponto que poderá merecer uma nova reapreciação é o da recondução das resoluções a *actos não-normativos,* de objecto particular e concreto. No sistema constitucional vigente poderemos apontar, pelo menos, três casos em que as resoluções têm um sentido normativo evidente:

(1) resoluções da Assembleia da República referentes a não ratificação de decretos-leis e de decretos legislativos regionais (cfr. arts. 165.°/c 172.74 e 229.74);

(2) resoluções da Assembleia da República respeitantes à suspensão de execução dos decretos-leis e de decretos legislativos regionais (art. 172.72 e 229.74);

(3) resolução da comissão permanente da Assembleia da República de autorização da declaração do estado de sítio ou de emergência e da declaração da guerra e feitura de paz pelo Presidente da República (arts. 169.75, 182.73//).

Além destes casos, devem ter-se em conta as resoluções de *aprovação* de tratados (cfr. art. 169.75 e 6) para efeitos de controlo preventivo da inconstitucionalidade (cfr. art. 278.71).

O problema da natureza jurídica das resoluções continua a suscitar discussões, devendo confessar-se que, até ao momento, não há uma clara dilucidação do conceito. Importantes considerações sobre o tema podem ver-se no Parecer n.° 1/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. 11.°, pp. 44 ss. Neste Parecer discute-se fundamentalmente a possibilidade de suspensão de execução de decretos-leis para efeitos de ratificação (assunto omisso na redacção originária do art. 172.° da CRP) e *a forma* dessa suspensão (lei ou resolução?). O problema tinha inequívocas consequências políticas e jurídico--constitucionais, pois enquanto as resoluções são publicadas independentemente da promulgação pelo PR (art. 169. *16),* as leis não dispensam esse acto

[Oil] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República,* p. 984.

presidencial (art. *137.°/b).* A favor da justicialidade das resoluções cfr., SÉRVULO CORREIA, *Noções,* pp. 100 ss; VITALINO CANAS, *Introdução às Decisões de Procedimento do Tribuna! Constitucional,* Lisboa, 1984, pp. 61 ss. No direito espanhol esta problemática tem também merecido a atenção da doutrina nos últimos tempos: L. MARTIN RETORTILLO BAQUER, «El Control por el Tribunal Constitucional de la Actividad no Legislativa dei Parlamento», in *RAP,* 107 (1985); SORIANO GARCIA, «El enjuiciamento contencioso de la actividade parlamentaria no legislativa», in *RAP,* 106 (1985).

C I *NORMAS CONSTITUCIONAIS CONSUETUDINÁRIAS*

I — A perspectiva político-constitucional do costume como fonte de direito

A Constituição portuguesa, tal como as constituições em geral, não faz qualquer referência ao *costume* como modo de produção jurídica. A omissão do legislador constituinte poderá ser interpretada como uma opção do órgão constituinte a favor da chamada *perspectiva político-constitucional*[11] no problema das fontes de direito, que insiste na consideração das fontes de direito como uma questão político-constitucional. Colocar o problema das fontes equivale a determinar, dentre os poderes do Estado, quais os que têm poder de criar direito e, como corolário lógico, reconduzir o problema das fontes ao problema do titular do poder legislativo. Esta perspectiva confortar-se--ia com o próprio sentido do fenómeno do *constitucionalismo:* o primado da constituição e do direito escrito que, por sua vez, são expressão de outros postulados eminentemente políticos do Estado de Direito. São eles o *princípio da soberania representativa* e a teoria da *separação dos poderes*[12]. A democracia representativa faz da vontade

[11] Cfr., especialmente, CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estado de Direito,* cit., p. 419-í e, agora, «Fontes de Direito», in *BFDC,* Vols. LI e LII, Coimbra, 1975 e 1976. Por último, do mesmo autor, cfr. «Fontes de Direito», *Polis,* Vol. 2; *Fontes de Direito,* Coimbra, 1985.

[12] Cfr., DENIS, «Le role de la coutume et de la jurisprudence dans 1'élaboration du droit constitutionnel», in *Mélanges a M. Waline,* Paris, 1974, Vol. 1, pp. 38 ss; C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewonheitsrecht,* Heidelberg, 1972.

do povo a justificação de todas as regras obrigatórias, e das assembleias que representam o povo as únicas qualificadas para emanar ou editar essas regras. Consequentemente, só ao órgão representativo, titular do poder legislativo, pode ser reconhecido o direito de produzir normas jurídicas obrigatórias, e não a quaisquer outros poderes do Estado, como, por ex., os tribunais, ou a quaisquer outras vontades como seja o povo da escola histórica.

A perspectiva *político-constitucional* não responde concreta-mente ao problema fundamental das fontes de direito — constituição da juridicidade histórico-positiva — e, especificamente, ao problema do direito consuetudinário (cfr. *supra).* No entanto, o costume deve ser considerado não como instrumento da criação de uma regra, mas como um meio de prova da existência dessa regra. No plano constitucional o problema do valor do costume deverá ter em conta as considerações subsequentes.

II — A relevância constitucional do costume

a) *Inadmissibilidade do costume constitucional 'contra constitutionem'*

Tivemos já oportunidade de referir que um exemplo de costume constitucional *contra constitutionem* foi o dos chamados *bill de indemnidade,* mediante os quais o poder executivo legitimava os poderes legislativos durante os períodos de ditadura (cfr. *supra).* Todavia, a não ser para quem reconheça a legitimidade de um costume *contra constitutionem* e lhe confira eficácia e valor correspondentes aos da própria constituição, o costume *contra constitutionem* não deixa de ser um *costume inconstitucional*[13]. A constitucionaliza-ção desse costume só poderá efectuar-se através da revisão constitucional, e desde que não viole os limites materiais do art. 288.°

b) *Costume 'secundum constitutionem'*

A admitir-se um *direito constitucional não escrito,* no qual se integre o direito consuetudinário, este apenas poderá ser um costume *secundum constitutionem.* Ponto discutível é o de saber se o costume *secundum constitutionem* tem valor *supralegislativo,* de forma a poder

[13] Cfr. Hesse, *Grundziige,* cit., pp. 15 e 19; Zagrebelsky, *// sistema,* cit., p. 282. Cfr. entre nós, Jorge Miranda, *Manual,* II, 124 ss, que adopta em relação ao costume constitucional uma posição mais favorável do que a que se defende no texto.

considerar-se como parâmetro constitucional para o juízo da constitu-cionalidade.

c) *Função de integração e complementação*

Ao costume deve ser atribuída uma função de *integração ou complementação* do direito constitucional. Neste sentido, o costume deve ainda inserir-se no *programa* da norma constitucional, de forma a poder considerar-se que, através da articulação do direito formal constitucional com regras materiais consuetudinárias, se contribui para o *desenvolvimento* da constituição. Neste sentido, o costume para além da constituição ou constitui a expressão de uma *alteração constitucional* à qual ainda se pode estender o *programa normativo* ou extravaza do âmbito do programa da norma constitucional e, nesse caso, estaremos perante um puro facto que não pode reivindicar qualquer força normativa.

III — Costume, convenções constitucionais, praxes constitucionais e precedentes judiciais

O costume constitucional deve distinguir-se de outros fenómenos que, embora relevantes no plano da praxis constitucional, não são considerados fonte de direito.

1. Convenções constitucionais ('conventions of the Constitution')

As chamadas convenções constitucionais, oriundas dos ordenamentos anglo-saxónicos, consistem em acordos, implícitos ou explícitos, entre as várias forças políticas, sobre o comportamento a adoptar para se dar execução ou actuação a determinadas normas constitucionais, legislativas ou regimentais. Discute-se, porém, se estes acordos não se reconduzirão, tal como o costume, à fenomenologia dos factos normativos originários ou factos normativos *extra ordinem*[H].

[14] Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni,* cit., Vol. II, p. 145; BARTOLE, «Le convenzioni delia costituzione tra storia e scienza política», in // *Político,* 1983, p. 251 ss. Sobre a natureza das *Conventions* cfr. HARVEY-L. A. BATHER, *The British Constitution, 3."* ed., London, 1972, p. 519; G. MARSHALL, *Constitutional Theory,* Oxford, 1971, pp. 7 ss; WADE-PHILIPS, *Constitutional and Administrative Law,* IX ed. 1977, p. 16 ss.

Exemplos significativos destes factos seriam os factos instauradores de uma nova ordem constitucional (golpe-de-estado, revolução). Mas num plano mais secundário, podiam considerar-se fontes *extra ordinem* a auto-assumpção de poderes formalmente não previstos (ex.: a teoria dos poderes implícitos do Presidente da República) e os acordos entre forças políticas para regular situações especificamente não previstas no ordenamento constitucional. Tais acordos, quando exprimem uma decisão ou processo susceptível de generalizar-se para além da situação concreta em que ocorreram, dariam origem a normas de comportamento a que se encontrariam vinculados os operadores políticos. As *convenções constitucionais* transformar-se-iam, assim, em regras não escritas, disciplinadoras de aplicação de normas constitucionais ou legislativas lacunosas ou insuficientes. Daí não se segue, porém, a sua transformação em normas jurídicas, a não ser que a convenção constitucional acabe por se transformar em norma constitucional consuetudinária. De um modo geral, as convenções constitucionais, embora sejam observadas por força de *expectativas recíprocas,* por dever de lealdade ou por necessidade prática e conveniência política, não criam originariamente normas jurídicas.

2. Praxes constitucionais

As praxes constitucionais são meros usos constitucionais, meras normas *práticas* ou de *correcção* constitucional, observadas geralmente nas relações entre os órgãos políticos ou entre os elementos que compõem esses órgãos.

3. Precedentes judiciários em matéria constitucional

Os «casos» constitucionais, julgados em tribunais ordinários ou constitucionais, conduzir-nos-iam ao problema do papel da jurisprudência como fonte de direito, tarefa a que não poderemos proceder aqui. Observar-se-á apenas que a questão de saber se o uso duradouro, pelos tribunais, de certos precedentes judiciários, constitui um *direito de juiz (Richterrecht),* reconduzível a um direito constitucional consuetudinário de base jurisprudencial, deve merecer resposta negativa. Os próprios tribunais não estão vinculados a uma «communis opinio» por eles desenvolvida em jurisprudência anterior, tanto mais que, nos

termos da LC n.° 1/82 (art. 115.75), passaram a ser inconstitucionais os assentos autenticamente interpretativos. A aceitar-se a tese de transformação de uma jurisprudência reiterada e uniforme em direito constitucional consuetudinário, então ter-se-ia de admitir que a mudança de corrente jurisprudencial já não seria possível e que os tribunais estariam vinculados aos precedentes judiciários em matéria constitucional. Estes precedentes só virão a ter importância decisiva quanto à declaração da Ínconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281.72), pois serão os precedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional que o deverão levar a declarar a Ínconstitucionalidade de uma norma (cfr. art. 281.73 da CRP e art. 82.° da LCT). Cfr. também art. 280.75 da CRP.

DI *REFERENDO*

Inclui-se aqui o referendo na categoria de actos normativos atípicos. A revisão de 1989 consagrou, como já atrás se disse, *(supra,* Parte IV, Cap. 2, C/III) um novo instrumento do exercício do poder político — o *referendo* (CRP, arts. 10.71 e 118.°).

O problema que se coloca é o de saber se com a introdução do referendo se criou também uma nova fonte de direito. Com efeito, o referendo não tem por objecto actos normativos (como, por ex., o referendo abrogativo do direito italiano) ou projectos de actos normativos (como é o caso do projecto de lei referendaria no direito francês). Ele é um *acto político* do Presidente da República, embora precedido de propostas da Assembleia da República e do Governo. O facto de ter por objecto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através de aprovação de *convenção internacional* ou de *acto legislativo* não transforma o acto político-referendo em acto normativo. A isto acresce o facto de o art. 118.74 parecer indicar que o conteúdo do referendo não é um acto normativo articulado mas sim um complexo de questões formuladas em termos tendencialmente dilemáticos. Todavia, o *carácter vinculativo* do referendo (art. 118.71) sugere que, com a eventual realização do referendo, se introduz no ordenamento jurí-dico-constitucional português uma espécie de *decisão-regra* que, posteriormente, será objecto de uma lei ou convenção internacional. As respostas populares referendarias traduzem o sentido da «vontade do povo» quanto à criação de uma nova situação normativa, mas não

produzem, automaticamente, um acto normativo. O primordial sentido útil inerente à aprovação do referendo será o de o legislador não poder dispor discricionariamente dos resultados do referendo, emanando leis ou tratados em sentido contrário ou abstendo-se de editar actos legislativos ou convencionais normativizadores das «decisões-regra» nele aprovadas. Particularmente delicada é a questão de saber se a "inércia legislativa" (inexistência de "lei executiva" do referendo) e o "desvio legislativo" (lei com conteúdo divergente e até contrário ao do referendo) são susceptíveis de controlo. A eventual inexistência do controlo jurisdicional não afasta a responsabilidade penal e política (cfr. art. 120.°) [15]. Em relação ao Presidente da República a vinculatividade traduzir-se-á na inexistência de veto ou de recusa de ratificação.

[15] Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação XIX ao art. 118.°; JORGE MIRANDA, «Lei», *in Dicionário Jurídico de Administração,* p. 391 ss.

CAPITULO 25

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

10.° — O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO

Sumário

Indicações bibliográficas

CANOTILHO, J. J. G. — *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. Contributo para uma teoria da legislação,* Coimbra, 1988. D'ATENA — *La pubblicazione delia fonti normativa,* I, Padova, 1974. MICHELE, A. — *Uenlrata in vigore delia legge. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale: la vacatio legis,* Padova, 1986. MIRANDA, J. — *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 371 ss.
— *A feitura das leis, 2* vols., Lisboa, 1986.
PIZZORUSSO A. — *Lepubblicazione degli atti normaúvi,* Milano, 1963.
— *Law in the Making,* Berlin, 1988.
PUGET / SECHÉ, H. — «La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français», in *RA,* 1989, p. 239.

Al *CONCEITO*

A formação dos actos normativos obedece a um *iter* juridicamente regulado que se costuma designar por *procedimento.* A actual relevância do estudo da *forma* jurídica de desenvolvimento das actividades públicas (e, dentre elas, as normativas) justifica o tratamento autónomo das questões de procedimento. Aqui interessa salientar que nem todos os procedimentos normativos gozam de dignidade constitucional formal (a CRP apenas regula com algum pormenor o procedimento dos actos legislativos da AR). Por outro lado, alguns dos actos integrativos do *complexo de actos* em que se traduz o procedimento legislativo já foram focados a propósito de outros problemas (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão III/3, as questões respeitantes à *promulgação, referenda* e *assinatura* de actos normativos).

Designa-se por procedimento legislativo a sucessão de série de actos (ou de fases, consoante a posição doutrinal respeitante à natureza de procedimento) necessários para produzir um acto legislativo. A lei é o acto final do *procedimento.* As várias fases procedimentais, disciplinadas com maior ou menor particularização nos vários ordenamentos, estão pré-ordenadas à produção de um acto final, a que chamaremos *lei formal* de Assembleia. Deste modo, o procedimento legislativo é um *complexo de actos, qualitativa e funcionalmente heterogéneos e autónomos, praticados por sujeitos diversos e dirigidos à produção de uma lei do Parlamento.* Noutros termos: procedimento legislativo é a forma da função legislativa, isto é, o modo ou *iter* segundo o qual se opera a exteriorização do poder legislativo'.

O procedimento em análise refere-se ao procedimento legislativo do Parlamento, pois, no que respeita ao Governo, para além de algu-

[1] A noção que se acolhe no texto é largamente tributária da doutrina adminis-trativista. Cfr., sobretudo, e por todos, A. M. SANDULLI, *// procedimento amministra-tivo* (1940), reimp., Milano, 1965. Para uma aplicação desta noção ao procedimento legislativo, cfr., ainda, SANDULLI, «Legge (direito costituzionale)», in *NDI,* IX, Torino, 1963; GALEOTTI, *Contributo alia teoria dei procedimento legislativo,* Milano, 1957; GUELI, «Il procedimento legislativo» (1955), agora em *Scritti Vari,* II, Milano, 1976; LUCIFREDI, *finiziativa legislativa parlamentare,* Milano, 1968; PIZZORUSSO (org.), *Law in the Making,* Berlin, 1988; «Procedimento Legislativo», in *REDC,* 14 (1985).

mas referências constitucionais, não há normas constitucionais especificamente reguladoras de procedimento de decretos-leis (o mesmo se diga quanto aos decretos legislativos regionais)[2].

B I *FASES E ACTOS DO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO*

Os actos instrumentais constitutivos do procedimento legislativo sucedem-se através de uma série de *fases* procedimentais que, em geral, se reconduzem a três: (1) fase de iniciativa; (2) fase constitutiva; (3) fase de activação ou integração de eficácia.

Alguns autores preferem aludir a cinco fases que ordenam da forma seguinte: *a) fase de iniciativa; b)fase instrutória,* na qual incluem fundamentalmente os actos de consulta; *c)fase constitutiva* na qual incluem os actos de formação de vontade (discussão e votação); *d) fase de controlo* destinada a avaliar do mérito e de conformidade do acto legislativo; *e)fase de comunicação,* cuja finalidade principal é dar publicidade e tornar obrigatório o acto legislativo.

I — Fase de iniciativa

Na fase de iniciativa englobam-se os actos propulsivos do procedimento legiferante. A função específica desta fase é, pois, «colocar em andamento» o poder legislativo, fornecendo-lhe o impulso jurídico necessário para a sequência procedimental (GALEOTTI).

O direito de iniciativa legislativa (cfr. CRP, art. 170.°; Reg. AR, arts. 125.° e 126.°) manifesta-se através da apresentação à AR de um texto articulado de preceitos normativos denominados, conforme os casos, por *projectos de lei* (iniciativa parlamentar pertencente, nos termos do art. 170.71, aos deputados e aos grupos parlamentares) e por *proposta de lei* (iniciativa legislativa governamental, pertencente ao Governo nos termos dos arts. 170.72, 4, 5 e 6 e 203.7c). Depois da revisão de 1989, os Deputados, os grupos parlamentares e o Governo podem também ter iniciativa referendaria através de *projectos* (Deputados e grupos parlamentares) e de *propostas* (Governo) de *referendo* (art. 170.71/3/4). Embora de âmbito limitado, têm também direito de inicia-

[2] Cfr., J. MIRANDA (org.), *A Feitura das leis,,* vol. 2, 1986; *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* cit., p. 100 ss e 371 ss.

tiva legislativa as assembleias regionais que podem apresentar à *AR propostas de lei* sobre questões relativas às regiões autónomas (art. 170.71 e2e 229.7c)\
O sistema de iniciativa português configura-se como um sistema de *iniciativa pluralística,* dado que o poder de iniciativa é constitu-cionalmente atribuído a vários órgãos (sujeitos constitucionais). Esta iniciativa legislativa concebe-se juridicamente como um poder *(rec-tius: direito-poder),* pois o poder dos deputados, do governo, dos grupos parlamentares e das assembleias legislativas regionais, é-lhes atribuído directamente pela Constituição para a realização do interesse público (exercício da função legislativa), tendo em conta a sua posição jurídica no ordenamento constitucional.
O fundamento para o exercício do direito de iniciativa legislativa é, muitas vezes, o dever concretamente imposto pela constituição (imposições constitucionais e ordens de legislar) no sentido de as entidades legiferantes adoptarem determinadas medidas legislativas concre-tizadoras das normas constitucionais (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 2).
Não obstante o sistema português ser um sistema de iniciativa pluralística, existem certos domínios onde a iniciativa legislativa é *reservada,* quer por imposição expressa da Constituição quer porque isso decorre da especificidade constitucional de certas leis (exs.: as leis das grandes opções do plano e do orçamento, que são de iniciativa legislativa reservada do Governo; as leis de autorização legislativa e de autorização de empréstimos, cuja iniciativa é igualmente reservada ao Governo; as leis de aprovação dos estatutos regionais e de outras leis respeitantes às regiões autónomas, cuja iniciativa é das assembleias legislativas regionais; as leis de revisão constitucional, de iniciativa reservada dos deputados). Cfr. sobre isto, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* Anotação I ao art. 170.°; JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 394 ss. No direito brasileiro cfr. M. G. FERREIRA FILHO, *Do Processo Legislativo,* 2.ª ed., S. Paulo, 1984; NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *O Processo Legislativo,* S. Paulo, 1968.
A iniciativa legislativa não se restringe à iniciativa legislativa *primária ou originária.* Existe também a *iniciativa legislativa secundária ou derivada* que consiste na apresentação de propostas de alteração a projectos ou propostas de lei ou em textos de substituição (cfr. CRP, art. 170.72 e Reg. AR, art. 136.°)
A iniciativa é o impulso do procedimento legiferante. Este processo não se limita a uma simples aprovação ou rejeição, antes pressupõe uma fase de *discussão* e *elaboração.*
[3] Saliente-se ainda o direito de iniciativa legislativa da Assembleia Legislativa de Macau ou do Governador de Macau quanto ao respectivo Estatuto (CRP, art. 292.°/3).

Inscrito um projecto ou uma proposta de lei na *ordem do dia,* depois de previamente ter sido entregue na Mesa da AR e sido aceite (cfr. arts. 133.° ss do Reg. da AR), haverá uma *apresentação* perante o Plenário, podendo ser apresentadas pelos deputados *propostas de alteração* (emenda, substituição, aditamento ou eliminação). (Cfr. arts. 135.° ss do Reg. da AR).

II — Fase instrutória

A fase instrutória, que se segue à fase de iniciativa, tem por finalidade recolher e elaborar os dados e elementos que permitam analisar a oportunidade do procedimento legislativo bem como o respectivo conteúdo. A aquisição de dados efectua-se quer aproveitando os materiais fornecidos pelas entidades que tiveram a iniciativa da lei, quer através de recolha autónoma efectuada pela comissão da AR competente para apreciação do texto apresentado.

O trabalho fundamental cabe, entre nós, às *comissões* permanentes especializadas; a estas serão enviados os projectos ou propostas de lei, uma vez admitidos, e a elas competirá dar parecer devidamente fundamentado, podendo, *inclusive,* sugerir ao plenário a substituição, por outro, do texto do projecto ou proposta, tanto na generalidade como na especialidade (cfr. art. 170.°/8). O poder das comissões chega ao ponto de a elas competir a *votação na especialidade* dos projectos ou propostas, se assim o Plenário o decidir e salvo as restrições impostas pela CRP (cfr. art. 171.°/3). Acresce que, na prática, o debate na generalidade do plenário incide sobre o texto de substituição apresentado pelas comissões e não sobre o texto originário.

O processo de discussão e votação constitucional e regimentalmente consagrado entre nós distingue-se do processo inglês das «três leituras» *(«processo das três leituras»)* na qual a 1." leitura dá lugar a uma discussão geral do projecto, a 2." se destina ao exame dos artigos, e na 3.ª se procede à revisão ou aprovação final do projecto ou proposta.

O «processo das comissões» distingue-se também do antigo *processo de «bureaux»,* pois aqui só na altura da apresentação dos projectos se formavam *comités ou* grupos *ad hoc* (eleitos à sorte ou por ordem alfabética) que procediam ao exame do projecto. Os comissários eleitos por cada grupo podiam formar uma «comissão central» que redigia o relatório sobre o projecto, e nomear um ou vários relatores para informar a assembleia dos pontos de vista dos *«bureaux».* Cfr. Rews, «Les comissions parlamentaires en droit compare», in *RIDC,* 1961, pp. 309 ss. Cfr., também, Rogério Soares, «As comissões parlamentares permanentes», in *BFDC,* Vol. LVI (1980). Sobre o processo legisla-

tivo em geral, cfr. na doutrina brasileira D. Liberato Cantilano, *Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras* e *no Direito Comparado,* Rio de Janeiro, 1984.
Às comissões pertencerá enviar obrigatoriamente o texto às entidades que, nos termos constitucionais, têm *direito de participação ou direito de audição* em certos procedimentos legislativos. É o que acontece com a legislação do trabalho (cfr. CRP, arts, 54.75/i/ e 56.72/a, e Reg. AR, art. 140.°) e legislação respeitante às regiões autónomas e ao estatuto de Macau (cfr. CRP, arts. 231.72 e Reg. AR, art. 144.°).

III — Fase constitutiva

Designa-se por fase constitutiva (=«fase de decisão», «fase dispositiva», «fase conclusiva», «fase decisiva», «fase decisória», «fase deliberativa») aquela em que se produz o acto principal e ao qual se reportam os efeitos jurídicos essenciais. Esta fase constitui também uma espécie de «centro de atracção» dos actos enquadrados noutras fases de procedimento.
A fase constitutiva não é cronologicamente a última (a seguir à aprovação da lei segue-se a promulgação do PR, a referenda do Governo e a publicação no *Diário da República),* mas é aquela em que se determina o conteúdo do acto.
A fase constitutiva do procedimento legislativo inclui vários *subprocedimentos* (de resto, típicos de todos os procedimentos, cujo acto final consiste numa deliberação de órgão colegial: (1) *discussão* ou *debate;* (2) *votação;* (3) *redacção.*
A *discussão* e a *votação* no Plenário (cfr. art. 171.° da CRP e 145.° ss da AR) compreendem uma *discussão* e *votação na generalidade* (a discussão incide sobre os princípios e o sistema de cada projecto ou proposta de lei e a votação na generalidade incide sobre cada projecto ou proposta de lei) e uma *discussão* e *votação na especialidade* (a discussão versa sobre cada artigo e a votação sobre cada artigo, número ou alínea)[4].
A LC n.° 1/82 previu expressamente a *votação final global* (art. 171.72). Ela também já se deduzia da antiga redacção do art. 171.72 *(infine).* Esta votação deve existir sempre e não apenas quando o texto

[4] Na prática, a votação na especialidade é quase sempre efectuada em comissão e não no plenário, só não podendo ser votadas em comissão as leis referentes às matérias do art. 171.74 e as relativas aos estatutos regionais e estatutos de Macau (cfr. Reg. AR, art. 165.°). Depois da revisão constitucional de 1989, carecem de votação final global pelo Plenário as leis orgânicas (art. 171.75).

é aprovado em comissão na especialidade, e enviado para o Plenário para uma votação final e global (cfr. art. 155.° do Reg. da AR.

Quando a CRP ou o Regimento da AR se referem à aprovação das propostas ou projectos de lei, sem qualquer outra especificação, deve entender-se que a referência diz respeito à votação final e global.

Mas isso não significa que a referência, nos termos constitucionais, não deva conexionar-se com outras votações que não apenas a votação final global. Assim, por ex., nos termos do art. 171.76, a lei referente a restrições de direitos dos militares e agentes militarizados (cfr. art. 167. *°/p),* está sujeita à aprovação por maioria qualificada era qualquer das votações (votação na generalidade, votação na especialidade e votação final global). O mesmo sucede com as leis delimitadoras dos círculos eleitorais (arts. 171.76 e 152.71 e 2). Um caso particular é mesmo o da lei de revisão constitucional em que cada alteração tem de ser votada por 2/3 (art. 286.71) e em que não existe votação final global (cfr. art. 286.72).

Além do processo legislativo normal há ainda o *processo de urgência* (art. 173.°), no qual se pode dispensar o exame em comissão ou reduzir-se o respectivo prazo, limitar-se o número de intervenções e a duração do uso da palavra dos deputados e do Governo, e dispensar-se o envio à comissão para redacção final (cfr. art. 283.° do Reg. da AR).

As três votações — votação na generalidade, votação na especialidade e votação final global — obedecem a lógicas distintas: (1) a *votação na generalidade* incide sobre a oportunidade e sentido global do projecto ou proposta de lei; (2) a *votação na especialidade* incide sobre as soluções concretas a aprovar no texto da norma (3) a *votação final global* concentra-se no texto apurado na especialidade, fazendo--se um juízo definitivo e final sobre o projecto ou proposta de lei submetidos a discussão e votação[5].

A manifestação de vontade do órgão colegial AR expressa através da votação final global deve ficar documentada mediante a *redacção* dos projectos e propostas pela comissão competente e posterior publicação no *Diário da Assembleia da República* (cfr. Reg. AR, art. 156.°)-

IV — Fase de controlo

A edição do acto conclusivo ou decisório do procedimento legislativo não encerra o *iter* necessário para a perfeição do acto legislativo.

[5] Nestes termos, cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação IV ao art. 171.°.

Existe ainda uma *fase de controlo* destinada a permitir a avaliação do mérito e da conformidade constitucional do acto legislativo.
Os projectos ou propostas de lei, uma vez aprovados, são enviados com o nome de *decretos* da AR ao Presidente da República para efeitos de *promulgação* (cfr. art. 139.°). A promulgação está associada ao *direito de veto* do PR através do qual ele controla materialmente o mérito político (veto político) e a conformidade constitucional (art. 279.° Parte IV, Cap. 13, A/2, veto por inconstitucionalidade) dos decretos da AR (cfr. *supra).* Por sua vez, o Governo exerce também através da *referenda* um controlo certificatório, embora de natureza diferente do controlo do PR (cfr. *supra* Parte IV, Cap. 13, A/II).

V — Fase de integração de eficácia

A fase de integração de eficácia abrange os actos destinados a tornarem *eficaz,* o acto legislativo (requisitos de *eficácia),* designadamente através da sua publicidade. Os actos de integração de eficácia (= actos de comunicação) não são requisitos de *perfeição* ou validade do acto legislativo; visam, sim, tornar os actos perfeitos em actos obrigatórios e oponíveis, levando-os ao conhecimento — através da publicação no *Diário da República* — dos cidadãos (requisito de eficácia).

1. Princípio da publicidade

A justificação do princípio da publicidade é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os *actos normativos secretos* contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos por parte dos cidadãos faz-se, precisamente, através da *publicidade* (cfr. art. 122.°daCRP).

2. Publicidade e publicação

Deve distinguir-se entre *publicidade* e *publicação:* a *publicação* é a forma de publicidade de actos normativos (os mais importantes, individualizados no art. 122.°/1 da CRP) feita através do «jornal oficial», *Diário da República; publicidade* em sentido amplo é qualquer

forma de comunicação dos actos dos poderes públicos dotados de eficácia externa (através de ordens de serviço, editais, avisos, etc). Cfr.art. 122.72 da CRP.

3. Caracterização da publicação

A publicação é o acto mediante o qual os actos normativos são levados ao conhecimento dos seus destinatários. Costuma considerar--se a publicação, sob o ponto de vista jurídico, como um *acto de comunicação* e, portanto, como um requisito de eficácia do acto (acto de integração necessária) e não como um elemento de validade do mesmo. A publicação, diferentemente da notificação, não exige efectivo conhecimento do acto por parte dos destinatários e daí que, uma vez publicados os actos no diário oficial *(Diário da República),* eles sejam vinculativos, não aproveitando a ninguém a sua ignorância *(ignorantia legis non excusat).* Os diplomas que contêm actos normativos entram em vigor no dia neles fixados e, na falta de fixação, no Continente, no quinto dia após a sua publicação, nos Açores e na Madeira no décimo dia, em Macau e no Estrangeiro no trigésimo dia (cfr. L n.° 6/83, de 29 de Julho, e DL 1/91, de 2/1). Ao período que decorre entre a publicação e a data da entrada em vigor chama-se *vacatio legis.* De acordo com o art. 122.72, a falta *de publicidade* implica a ineficácia jurídica do acto. A publicidade a que se refere a Constituição é aquela que resulta da publicação do diploma no *Diário da República* e não através de outros meios como a rádio, a imprensa, e a televisão. O dia da publicação é o da efectiva distribuição do Diário da República onde a publicação teve lugar (cfr. Ac TC 142/85, DR, II, 7-9-85).

A publicação do acto normativo tem um *efeito certificatório: o* texto publicado no *Diário da República* é o texto legal, presumindo--se conforme o original, ressalvando-se, porém, a possibilidade de provar o contrário. Quando o texto publicado não corresponde ao texto oficial, deve fazer-se uma *nova publicação* ou uma *rectificação.* Em relação ao texto ou parte do texto publicado mas não conforme o original, tem-se entendido que não tem *eficácia,* pois falta a publicidade do acto realmente aprovado.

Acontece, algumas vezes, que a publicação da lei é efectuada com grande atraso. Embora a demora na publicação não implique a invalidade do acto publicado, pode discutir-se se não haverá um excesso de poder quando, com o atraso da publicação, se vise destruir ou modificar os resultados práticos e jurídicos da lei.

O atraso na publicação pode suscitar ainda o problema (cfr. Parecer da CC n.° 23/80) de saber como se faz *a pontualização* cronológica das leis, ou seja, no caso de concorrência de leis no tempo, como se determina a prioridade temporal: pela data da publicação? pela data da promulgação? pela data da entrada em vigor? A L n.° 6/83 estabelece como data do diploma a da sua publicação, solução que pode dar origem a graves problemas (por ex., quando a data da entrada em vigor não coincide com a data da publicação ou quando uma lei posterior contrastante com uma outra vem a ser publicada em primeiro lugar). Este fenómeno da tardia publicação da lei pode derivar da manipulação da promulgação pelo próprio Presidente da República (ex.: *veto de bolso,* aliás, inconstitucional)[6].

4. Falta de publicação e ineficácia jurídica

Como já se disse no texto, a falta de publicidade determina a *ineficácia* jurídica do acto (art. 122.72 da CRP e art. 1.° da L n.° 6/83). Na versão originária (art. 122.74) determinava-se a *inexistência* como consequência da falta de publicidade. A razão da nova redacção, introduzida pela LC n.° 1/82, radica certamente no facto de se considerar a publicação como mero requisito de eficácia[7], como demonstra o facto de as leis começarem a produzir efeitos desde a sua aprovação (necessidade de promulgação, assinatura, referenda, etc). Deve, contudo, salientar-se que esta tese não é pacífica. Diz-se, a favor da tese da inexistência, que só a partir da publicação a lei adquire efeitos externos, vinculando todas as entidades, públicas e privadas, e que só com a sanção da inexistência se evita a possibilidade de *leis secretas* (prática nacional-socia-lista que assentava na concepção voluntarista de lei — a lei como vontade do *Fiihrer* —, compatível com vários modos de comunicação, *inclusive* a comunicação secreta). A alteração introduzida pela LC n.° 1/82 deve-se claramente aos problemas suscitados pela não publicação de decretos-leis já aprovados e promulgados dentro do período de exercício de funções de um determinado governo. Seja ou não um requisito de existência ou de eficácia, a publicidade, a que se refere o art. 122.° da CRP, implica a proibição do carácter secreto das normas. Por outro lado, o termo utilizado — *publicidade* — é mais amplo do que o *de publicação,* geralmente utilizado em relação a actos legislativos e

[6] Sobre os problemas e natureza jurídica da publicação cfr. GALEOTTI, *Contributo,* cit., pp. 183 ss e 269 ss; A. D'ATENA, *La Pubblicazione delle Fonti Normativa,* Vol. I, Padua, 1974. Entre nós, cfr., por último, Rui MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional,* cit., p. 542; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor jurídico,* cit., p. 150.

[7] Sobre a noção de eficácia como produtividade actual do acto, cfr. ROGÉRIO SOARES, «Acto Administrativo», in *Polis,* Vol. 1, p. 104; SÉRVULO CORREIA, *Direito Administrativo,* pp. 318 ss.

convenções internacionais. Muitos outros actos, individualmente mencionados no art. 122.°, carecem de ser publicados no *Diário da República* (avisos, decretos, resoluções, regimentos, regulamentos e decisões dos tribunais com força obrigatória geral). Como regra pode dizer se que *todos os actos de conteúdo genérico* dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local carecem de publicidade (art. 122.72). Quanto aos outros *actos com efeitos externos* a lei deve determinar um qualquer modo de comunicação aos interessados (art. 122.73)[8] (cf. Ac TC 37/84, in *BMJ* n.° 345; Ac. 59/84, DR II, 14-11; Ac. 60/84, DR II, 15-11; Ac. 109/85, DR II, 10-9). Por último, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação,* p. 48.

[8] Cfr. precisamente Acs. STA de 7-5-1980 e de 16-7-1980, in *RU,* n.° 144, com anotações de AFONSO QUEIRÓ; ACS. TC n.° 60/84, DR, II, de 15-11-84, n.° 59/84, DR II, de 14-11-84, e 37/84, DR II, 6-7-84.

CAPITULO 26

PADRÃO VI — ESTRUTURAS DE GARANTIA E DE CONTROLO

1.° — SENTIDO DA GARANTIA E CONTROLO DA CONSTITUIÇÃO

Sumário

IV — Quem pede o controlo: a legitimidade activa

1. Legitimidade «quisque de populo» e legitimidade restrita
2. Legitimidade «ex officio», legitimidade das partes, legitimidade de órgãos públicos

V — Os efeitos do controlo

1. Efeitos gerais e efeitos particulares
2. Efeitos retroactivos e efeitos prospectivos
3. Efeitos declarativos e efeitos constitutivos

Indicações bibliográficas

A) A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DAS ESTRUTURAS DE GARANTIA E DE CONTROLO

Brewer-Carias, *Estado de Derecho* y *Control Judicial,* Madrid, 1987. D'orazio, G — *Soggetto privato e processo costituzionale italiano,* Torino, 1988. Galeotti, S. — *Introduzione alia teoria dei controili costituzionali,* Milano. 1963. Kelsen, M. — «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *RDPSP,* 1928, p. 197. Pizzorusso, A. / G. Volpe / E Sorrentino / R. Moretti, *Garwizie Costituzionali,* Bologna / Roma, 1981. Rauschning, D. — *Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht,* Bad Hamburg, 1969. Scheuner, U. — «Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz», in *Fest. fiir E. Kaufmann,* 1950. Venturi, L. — *Le Sanzioni Costituzionali,* 1981.

B e **C) A FISCALIZAÇÃO JUDICIAL COMO INSTITUTO DE GARANTIA E DE CONTROLO DA CONSTITUIÇÃO**

Betencourt, L. — *O Controle da Constitucionalidade das Leis,* 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1968. Cappelletti, M. — *// controllo giudiziario delle costituzionalità delle ieggi nel diritto comparato,* Milano, 1968.

Cavalcanti, B. T. — *Do Controle de Constitucionalidade,* S. Paulo, 1966. Cruz Villalon — *La Formación dei Sistema Europeu de Contrai de Constitucionalidad,* (1918-1939), Madrid, 1987.

Enterria, E. G. — *La Constitución y el Tribunal Constitucional, 2."* ed., Madrid, 1981. Favoreu / Jocowickz (org.) — *Le controle juridictíonnel des lois,* Paris, 1986. Korinek / Muller / Schlaich, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefiige der Staatsfunktion», in *VVDSTRL,* 1981.

Lombardi (org) — *Co.stituz.ione e giustizia costituzionale nel diritto comparato,* 1985. Mendes, Gilmar F. — *Controle de Constitucionalidade,* S. Paulo, 1990. Miranda, J. — *Manual de Direito Constitucional,* II, pp. 2/3 ss. Neves, M. — *Teoria da inconstitucionalidade das leis,* S. Paulo, 1988. Pizzorusso, A. — "I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli alia prassi", in *Quad. Cosi,* 1982.

A I *A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DAS ESTRUTURAS DE GARANTIA E DE CONTROLO*

I — Garantia e controlo

1. «Defesa do Estado» e «defesa da constituição»

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções:* garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de *protecção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de *defesa do Estado,* que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).

A partir do *Estado constitucional* (cfr. *supra,* Parte I, Cap. 3, I) passou a falar-se de *defesa* ou *garantia da constituição* e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada' — o Estado constitucional democrático.

2. «Garantias constitucionais» e «garantias da constituição»

A defesa da constituição pressupõe a existência de *garantias* da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a obser-

[1] Cfr. U. Scheuner, «Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz», in *Fest. E. Kaufmann,* 1950, pp. 313 ss; D. Rauschning, *Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht,* Bad Hamburg, 1969. Entre nós, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 349 ss.

vância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. Como se trata de *garantias de existência* da própria constituição (cfr. a fórmula alemã: *Verfassungsbestandsgarantien),* costuma dizer-se que elas são a «constituição da própria constituição»[2].
As garantias da constituição não devem confundir-se com as *garantias constitucionais.* Estas, como já foi assinalado (cfr. *supra),* têm um alcance substancialmente subjectivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade.

II — Meios e institutos de defesa da Constituição

Globalmente consideradas, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à constituição; (2) na existência de competências de *controlo,* políticas e jurisdi-cionais, do cumprimento da constituição[3].

1. A vinculação constitucional dos poderes públicos

A constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior directamente vinculante em relação a todos os poderes públicos. Isto mesmo se consagra com clareza no art. 3.°/2 e 3 da CRP, onde se enfatiza *o princípio da constitucionalidade da acção do Estado* e das entidades públicas em geral (cfr. *supra).*

[2] Cfr GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição* da *República,* cit., Nota prévia à Parte IV, I, e *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI, Cfr. também, D. RAUS-CHNING, *Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht,* p. 14; GALEOTTI, «Garanzie costituzionali», in *Ene. de Dir,* XVIII, 1969.

[3] GALEOTTI, *Introduzione alia teoria dei controlli costituzionali,* Milano, 1963. Para uma redifinição do controlo no quadro conceituai de competências, responsabilida-des, tarefas e controlos, cfr. STETTNER, *Grundfragen einer Kompetenzlehre,* Berlin, 1981, pp 274 ss; MANUEL ARAGON, «La interpretación de la Constitución y el caracter objectivado dei control jurisdiccional», in *REDC,* 17 (1986), p. 85 ss.

2. **Os limites de revisão constitucional**

A constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações subversivas do seu núcleo essencial através de cláusulas de irrevisibilidade e de um processo «agravado» das leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado. A ideia de garantia da constituição contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do *procedimento* e *limites de revisão* (cfr. *infra,* Cap. 31) quer das situações de *necessidade constitucional* (cfr. *infra,* Cap. 32).

3. A fiscalização judicial da constituição

A instituição da fiscalização da constitucionalidade das leis e demais actos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controlo do cumprimento e observância das normas constitucionais. Verificar-se-á, mais adiante, que a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma *garantia de observância* da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização da sua força normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma *garantia preventiva,* ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais.

4. A separação e interdependência dos órgãos de soberania

Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da constituição, têm também carácter garantístico a *ordenação constitucional de funções* e o esquema de *controlos inter-orgânicos* e *intra-orgânicos* dos órgãos de soberania (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 11).

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de *responsabilidade* e *controlo* entre os vários órgãos trans-formam-se em relevantes factores de observância da constituição[4].

[4] Assinalando, com vigor, o carácter garantístico do sistema de controlos cfr. K. Loewenstein, *Teoria de la Constitución,* cit., pp. 180 ss.

B I *A FISCALIZAÇÃO JUDICIAL COMO INSTITUTO DE GARANTIA E DE CONTROLO DA CONSTITUIÇÃO*

I — Pressupostos do controlo judicial da constituição

1. Força e supremacia normativa da constituição[5]

Ao falar-se do valor normativo da constituição (cfr. Parte II, Cap. 1, A e B e Cap. 2/D) aludiu-se à constituição como *lex superior,* quer porque ela é fonte da produção normativa *(norma normarum)* quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior *(superlegalidade material)* que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais.

A ideia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, «agravadas» ou «reforçadas» relativamente às leis ordinárias.

Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição.

Da conjugação destas duas dimensões — superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição — deriva o *princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos:* os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses

[5] Sobre as relações entre controlo da constitucionalidade e supremacia normativa da constituição cfr. SCHEUNER, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», in *DÕV,* 1980, p. 473; R. WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», in *Der Staat,* 20, (1981), p. 485 ss; F. J. PEINE, «Normenkontrolle und Konstitutionales System», *Der Staat,* 22 (1983), p. 536; CH. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundes-verfassungsgericht,* Berlin, 1985, p. 25 ss; GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 1981, p. 157; L. FAVOREU, in FAVOREU / / Jocowicz, *Le controle juridictionnel des lois,* Paris, 1986, p. 42 ss.

actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas normas ou princípios constitucionais.

Ao aludir-se no texto à «tendencial rigidez» das leis constitucionais conexionada com a superlegalidade formal da constituição e com a existência de controlo, isso não significa que haja uma correlação necessária entre rigidez e fiscalização jurisdicional. Por um lado, pode haver rigidez sem controlo jurisdicional: é o caso da Constituição francesa de 1875, que, sendo rígida, excluía qualquer controlo judicial. Além disso, é óbvio que qualquer constituição (mesmo as flexíveis) tem inerente uma certa *rigidez, substancial* baseada na proibição implícita de modificações ou alterações dos princípios fundamentais nela consagrada (cfr. *infra,* limites materiais implícitos de revisão)[6]. Cfr., precisamente, MARCELO NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das leis,* S. Paulo, 1988, p. 88.

2. Controlo e concretização

À ideia de controlo anda geralmente associado um «pensamento negativo»: o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos actos normativos, *desaplicando* as normas eventualmente não conformes com a constituição; o Tribunal Constitucional «controla» a legitimidade constitucional, *anulando* os actos legislativos contrários à lei fundamental. Se não se pode contestar que o princípio da *judicial review* reconhece apenas aos tribunais o poder de constatar a nulidade de uma norma legal contrária à constituição e desaplicá-la no caso concreto, e que o controlo concentrado abstracto é fundamentalmente (KELSEN) uma «legislação negativa» (mas não só: cfr. *infra,* efeitos da declaração de inconstitucionalidade) eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir a tarefa de controlo também uma tarefa de concretização e desenvolvimento do direito constitucional.

No texto tende-se para uma caracterização do *controlo constitucional* que ultrapasse a ideia lógico-formal de que o controlo não é uma actividade constitutiva e de que ao controlante não se devem reconhecer poderes de modificação do acto, próprios de um poder activo e principal. Cfr. a caracterização tradicional de controlo em S. GALEOTTI, *Introduzione alia teoria dei controlli costituzionale,* Milano, 1963, pp. 11 ss.

[6] Sobre as relações entre constituições rígidas, constituições flexíveis e controlo de constitucionalidade cfr. CRISAFULLI, *Lezioni,* Vol. II, pp. 233 ss; ZAGRE-BELSKY, *La giustizia costituzionale,* pp. 17 ss. Entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 143 ss.

As tarefas de concretização podem e devem pertencer, a título principal, a outras entidades que não às entidades de controlo; todavia, a força dirigente das normas constitucionais vincula todos os poderes públicos (mesmo os de controlo), obrigando-os a uma tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito constitucional. Quando se fala, por ex., do valor preceptivo das normas consagrado-ras de fins e tarefas (normas programáticas) como normas vinculativas de todos os poderes públicos pretende-se salientar, entre outras coisas, que os tribunais estão obrigados a aplicar e a concretizar essas normas, não obstante a sua eventual «abertura» ou «indeterminabili-dade». O mesmo se passa, e aqui por directa imposição da constituição, relativamente aos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias (art. 18.°/1).

3. Controlo e «justiça constitucional»

No constitucionalismo recente parece defender-se, em geral, a conexão necessária entre *constituição* e *jurisdição constitucional.* W. KÀGI[7] escreveu impressivamente: «diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens».

*O carácter de norma jurídica directa e imediatamente vinculativa** atribuído à constituição e a necessidade de considerar a *garantia* e *segurança imediata* da lei fundamental como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional colocam, logicamente, o problema do *controlo principal* da conformidade dos actos dos poderes públicos com a constituição como uma das questões-chave da moderna «constitu-cionalidade». Mas qual o verdadeiro alcance da «justiça constitucional»?

3.1. *«Justiça constitucional» ('Verfassungsgerichtsbarkeit') e «justiça do Estado» ('Staatsgerichtsbarkeit')*

A título de noção tendencial e aproximativa, pode definir-se justiça *constitucional* como o complexo de actividades jurídicas

[7] Cfr. KÀGI, *Die Verfassung ais rechtliche Grundordnung des Staates,* p. 147.

[8] Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, 2." ed., 1982, pp. 63 ss; GONZALEZ NAVARRO, «La norma fundamental que confiere validez a la Constitución espanola y ai resto dei ordenamiento espanol», in *RAP,* 100-102 (1983), p. 293.

desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes. Trata-se de uma noção ampla, cujo entendimento pressupõe a sumária pontualização dos momentos histórico--comparatísticos jurídico-constitucionalmente mais relevantes.[9]

a) *A garantia contenciosa contra actos da administração*

A garantia do recurso contencioso dos cidadãos para os tribunais *(justiça administrativa)* a fim de defenderem os seus direitos e interesses contra os actos lesivos da administração foi atrás considerada (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1/B/IV) como um dos elementos constitutivos do Estado de direito democrático e um dos instrumentos de garantia da legalidade democrática. A *justiça constitucional* é, de certo modo, uma extensão da ideia subjacente *a justiça administrativa:* submeter ao controlo dos tribunais os actos dos órgãos políticos e legislativos (e não apenas os actos da administração) e aferir a sua conformidade material e formal segundo o parâmetro superior da constituição.

b) *Expansão da «judicial review of legislation» do direito americano*

O reconhecimento do acesso directo dos juizes à constituição a fim de controlarem a constitucionalidade das leis é um outro momento relevantíssimo para a génese da justiça constitucional. Considerando--se que a interpretação das leis era uma tarefa específica dos juizes e que dentre essas leis se incluía a lei constitucional como «lei superior» (Corwin), estava aberto o caminho para a ideia de *judicial review.* Em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve preferir a lei superior (= lei constitucional) e rejeitar, desaplicando-a, a lei inferior.

c) *Justiça do Estado*

Desenvolvida pela doutrina alemã, a justiça constitucional abrange hoje a «justiça do Estado» *(Staatsgerichtsbarkeit)* dirigida à solução jurisdicional de conflitos entre os poderes do Estado (ex.: entre o Estado e as regiões, entre os vários entes territoriais autónomos).

[9] Cfr. M. Cappelletti, "Alcuni precedenti storici dei controlo giudiziario di costituzionalitá delle leggi", in Riv. Dir. Pro., 1986.

d) *A tradição de «justiça política» ou de «delitos do Estado»*
A atribuição, a um órgão jurisdicional, do conhecimento e julgamento de «atentados à constituição», radica na velha ideia anglo--saxónica do *impeachment,* isto é, na ideia de *crimes de responsabilidade* cometidos pelos órgãos supremos do Estado («alta traição», «atentados à constituição», «delitos ministeriais»).
e) *A ideia de regularidade deformação dos órgãos constitucionais*
Mais recentemente, a ideia de justiça constitucional enriqueceu--se com a atribuição, aos tribunais, do controlo da regularidade do *procedimento* de formação dos órgãos constitucionais eleitos por sufrágio directo e universal e do procedimento de certas formas importantes de expressão política (ex.: constitucionalidade e legalidade dos actos eleitorais, constitucionalidade e regularidade de referendos e de iniciativas legislativas populares).
f) *A ideia de «amparo»*
A justiça constitucional é hoje também uma garantia de defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de «jurisdição da liberdade»).[10] É aqui que vêm entroncar institutos com os da *Verfassungsbeschwerde* alemã, o *recurso de amparo* hispano-americano e os *mandados de segurança e injunção* brasileiros.
g) *A «justiça constitucional» ('Verfassungsgerichtsbarkeit')*
Saliente-se, por último, a importantíssima influência no desenvolvimento da justiça constitucional moderna da ideia austríaca da

[10] Trata-se de um instituto particularmente importante na cultura constitucional hispano-americana. Cfr., por ex., CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA, *El Recurso de Amparo,* Madrid, 1985. Em geral, com especial incidência nos quadrantes latino-americanos: Fix ZAMUDIO *La Protección Procesal de los derechos humanos ante las juridicciones nacionales,* Madrid, 1982; BREWER-CARIAS, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid, 1987.

«justiça constitucional» autónoma *(Verfassungsgerichtsbarkeit).* Tratou-se de criar um tribunal especial com a função de controlar, de forma abstracta e concentrada, a constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais, onde se suscitasse a aplicação prática da lei impugnada como inconstitucional.

As premissas teorético-jurídicas da «justiça constitucional» no figurino austríaco são conhecidas: configurava-se o ordenamento jurídico como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa através do controlo da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior. O controlo da conformidade das leis com o parâmetro normativo superior justificaria, nesta perspectiva, a existência de um Tribunal Constitucional". «Uma constituição — afirmou em termos clássicos H. KELSEN — na qual não exista a garantia de anulabilidade dos actos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico».

A convergência de todas estas ideias explica, em grande medida, o leque de competencias dos actuais tribunais constitucionais e permite recortar os grandes «campos problemáticos» da justiça constitucional.

3.2. *Os «campos problemáticos» da justiça constitucional*[n]

A pontualização dos momentos relevantes na génese da justiça constitucional permite agora, em forma de síntese, individualizar os

" Cfr., por todos, KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», in *RDPSP,* 1928, pp. 197 ss.; KELSEN/TRIEPEL, *Wesen und Entwkklung der Staatsge-richtsbarkeit,* VVDSTRL, (1929). Para uma visão de conjunto recente da justiça constitucional cfr. A. PIZZORUSSO, «La Corte Costituzionale», in G. BRANCA (org.), *Commen-tario delia Costituzione, Garanzie Costituzionale,* Roma, 1981; CAPPELLETTI / COHEN, *Comparative Constitutional Law,* p. 12 ss; P. CRUZ VILLALON, *La Formación dei Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad* (1918-1939), Madrid, 1987; GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade,* S. Paulo, 1990.

[12] Cfr., por último, M. CAPPELLETTI, «Necessite et Legitimité de la Justice Constitutionnelle», in L. FAVOREU (org.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fundamentaux,* Paris, 1982, pp. 460 ss; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale,* Milano, 1977. Boa resenha problemática da posição do Tribunal Constitucional em: GARCIA DE ENTERRIA, «La Posición Jurídica dei Tribunal Constitucional Espanol: Posibilidades y Perspectivas», in El *Tribunal Constitucional,* Vol. II, pp. 23 ss; P. LUCAS VERDU, «Política y Justicia Constitu-cionales. Consideraciones sobre la natureza y funciones dei Tribunal Constitucional», in *El Tribunal Constitucional,* Vol. II, p. 1487.

seus domínios típicos, ressalvando-se sempre, como é natural, as particularidades concretas de cada ordenamento jurídico-constitucional:
(1) *Litígios constitucionais ('Verfassungstreitigkeiten'),* isto é, litígios entre os órgãos supremos do Estado (ou outros entes com direitos e deveres constitucionais);
(2) *Litígios* emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex.: federação e estados federados, Estados e regiões);
(3) *Controlo da constitucionalidade* das leis e, eventualmente, de outros actos normativos *(Normenkontrolle);*
(4) *Protecção autónoma de direitos fundamentais ('Verfas-sungsbeschwerde', 'recurso de amparo ');*
(5) *Controlo da regularidade de formação dos órgãos constitucionais* (contencioso eleitoral) e de outras formas importantes de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos);
(6) Intervenção nos processos de averiguação e apuramento da *responsabilidade constitucional* e, de um modo geral, a «defesa da constituição» contra crimes de responsabilidade *(Verfassungsschutzverfahren)*[13].

C I *OS MODELOS DE «JUSTIÇA CONSTITUCIONAL»* [14]

São vários os critérios que se podem adoptar para obter uma visão global dos diferentes tipos de controlo dos actos normativos.

[13] Cfr. E. FRIESENHAHN, «Aufgabe und Funktion des Bundesverfassungsgerichts», in *Aus Politik und Zeitgeschichte,* 1969, pp. 3 ss; *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart,* 1962, p. 111; K. STERN, *Das Staatsrecht,* Vol. II, p. 978 ss.
[14] Sobre toda esta matéria cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 352 ss.; OLIVEIRA BARACHO, *Processo Constitucional,* Rio de Janeiro, 1984, p. 190 ss.

I — Quem controla: os sujeitos do controlo **1. Controlo político**

O controlo da constitucionalidade dos actos normativos (sobretudo leis e diplomas equiparáveis) é feito pelos órgãos políticos (ex.: assembleias representativas).

Este sistema é também designado por «sistema francês». Não obstante SIEYÉS ter logo sugerido na Constituição do ano VIII a criação de um «Jury constitutionnaire», a concepção rousseauniano-jacobina da lei como instrumento da «vontade geral» manteve-se sempre aliada ao dogma da soberania da lei que só as próprias assembleias legislativas poderiam politicamente controlar (Senado, na Constituição do ano VIII, Senado na Constituição de 1852 e, de certo modo, o Comité Constitucional da Constituição de 1946). Ainda recentemente, R. DE LACHARRIÉRE (cfr. *Pouvoirs,* 13, 1980, p. 134) escrevia interrogativamente «Comment la volonté nationale peut être liée par une de ses mani-festations antérieurs, au pretexte que celle-ci á été inscrit dans un document spécial denommé constitution».

Mas a inexistência de um controlo jurisdicional e a acentuação do controlo político não é apenas, como por vezes se defende, uma consequência das concepções rousseauniano-jacobinas. Ela é também típica da doutrina da soberania do parlamento inglês. A posição paradigmática de BLACKSTONE merece ser referida: *«The Power of Parliament is absolute and without con-trol».* O restante constitucionalismo europeu, dominado pelo chamado princípio monárquico *(monarchisches Prinzip),* também acabou por reduzir a constituição a um simples esquema formal de competências e poderes do Estado no qual sobressaía, como titular pessoal da burocracia e do exército, o monarca. O poder monárquico surgia como um poder pré-constitucional, em relação ao qual a constituição não passava de um limite *a posteriori,* sem qualquer vin-culatividade jurídica originária.

Em Portugal, o controlo político das leis domina durante o constitucionalismo monárquico. Só com a constituição republicana de 1911 (art. 63.°) é que se introduziu entre nós o sistema de controlo difuso, incidental e concreto (cfr. *supra,* Parte III, Cap. 3). Todavia, na Constituição de 1933, o sistema do controlo político ressurgiu para as inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas promulgados pelo Presidente da República (art. 123.°)[15] (cfr. *supra).*

[15] Para o estudo da evolução do controlo da constitucionalidade em França cfr. CL. FRANCK, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État dans VOrdre Constitutionnel,* Paris, 1974, pp. 43 SS. Sobre a doutrina britânica da soberania do Parlamento cfr. J. JENNINGS, *The Law and the Constitution,* 4.ª ed., 1955, pp. 136 ss. Em Portugal, a evolução do controlo da constitucionalidade das leis pode ver-se em J. M. MAGALHÃES COLAÇO, *Ensaio sobre a inconstitucionali-dade das leis no direito português,* Coimbra, 1915; JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade,* Lisboa, 1968.

***2.* Controlo jurisdicional**

a) *Sistema difuso ou americano*

A competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.

A associação do sistema difuso ao constitucionalismo americano é justificada. Foi aí que, divergentemente da doutrina britânica da soberania do Parlamento, se desenvolveu a ideia de *higher law* como *background* do direito constitucional americano. Cfr., precisamente, CORWIN, *The «Higher Law» background of American Constitutional Law»,* 1928 (4." reimp., 1961). A noção jusnaturalista de *higher law* transfere-se para a constituição e daí que a soberania do órgão legislativo ordinário *(absolute and without control,* afirmava BLACKSTONE) tivesse de desaparecer. «Não pode ser soberano escreve COROWIN — um corpo criador de direito que está subordinado a outro corpo criador de direito». Não bastava, porém, afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review,* ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis. É a evolução que se concretiza, finalmente, com a sentença do juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison: «the constitution is superior to any ordinary act of the legisla-ture»; «an act of the legislature repugnam to the constitution is void».* Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law,* pp. 21 ss; CAPPELLETTI / COHEN, *Com-parative Constitutional Law,* p. 5 ss.

O sistema difuso de controlo é o sistema tradicional português. Foi introduzido na Constituição de 1911 (art. 63.°) por influência da Constituição Brasileira de 1891 (arts. 207.° e 280.°)[16].

b) *O sistema concentrado ou austríaco*

A competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Este tipo comporta uma grande variedade de sub-tipos: o órgão competente para a fiscalização tanto pode ser um órgão da jurisdição ordinária (ex.: Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para o efeito (ex.: um Tribunal Constitucional).

[16] Para indicações sobre o controlo da constitucionalidade no período que medeia entre 1974 e a entrada em vigor da Constituição de 1976, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 33 ss.; A. RIBEIRO MENDES, "O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da Constitucionalidade das leis», in B. COELHO (org.) — *Portugal sistema político e constitucional,* 1974, 1987, p. 925 ss.

À ideia de um controlo concentrado está ligado o nome de HANS KELSEN, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa.* No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade *(Vereinbarkeit)* de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo)* nem se desenvolveria uma actividade judicial.
Qualquer que seja a sua caracterização jurídico-constitucional, este sistema encontrou grande recepção no após-Guerra, estando consagrado na Itália, Alemanha, Turquia, Jugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal. Cfr. M. HIRCH, *Verfassungsgerichts und Politik,* 1979, p. 193; M. CAPPELLETTI, Il *controlo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato,* Milano, 1968, pp. 48 ss; JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 610 ss; FAVOREU / Jocowicz *Le controle juridictionnel,* 1986, p. 17 ss.

II — Como se controla: o modo de controlo **1. Controlo por via incidental**

A inconstitucionalidade do acto normativo só pode ser invocada no decurso de uma acção submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente,* por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja *relevante* para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se também controlo por *via de excepção,* porque «a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute»[17].

Este controlo anda geralmente associado ao controlo difuso. O incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de *desaplicação* da norma inconstitucional ao caso concreto. Mas é incorrecto dizer-se hoje que o controlo por via incidental se identifica com o controlo difuso. Como irá ver-se, em Portugal, o controlo difuso pode conduzir a um controlo concentrado através do Tribunal Constitucional. Noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo,* a suspender a acção fazendo subir a questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional (ex.: sistema alemão, sistema italiano).
[17] Cfr. precisamente, Rui BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo,* p. 82.

2. Controlo por via principal
As questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, a *título principal,* mediante processo constitucional autónomo. Neste tipo é consentido a certos cidadãos ou a certas e determinadas entidades a impugnação de uma norma inconstitucional, independentemente da existência de qualquer controvérsia.

O controlo por via principal tanto pode reconduzir-se a um *controlo abstracto de leis* ou actos normativos (cfr. art. 281.° da CRP) como a *uma garantia concreta de direitos fundamentais.* Este último caso é que se observa na *Verfassungsbeschwerde* alemã (acção constitucional de defesa) e no *recurso de amparo* mexicano e espanhol.

3. Controlo abstracto e controlo concreto

a) *Controlo abstracto*

Relacionado com o controlo concentrado e principal, o controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a «defesa da constituição» e da «legalidade democrática» através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar este controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades (cfr. *infra).*

O controlo abstracto de normas pressupõe a separação entre *Prufungs-recht* («direito de fiscalização») e *Verwerfungskompetenz* («competência de rejeição»), O direito de fiscalização judicial é, no fundo, um poder-dever de todos os tribunais e que consiste em os juizes controlarem a validade das leis na sua aplicação ao caso concreto que lhes compete decidir (cfr. CRP, art. 208.°). A competência para rejeição de normas pressupõe a fixação, com efeitos gerais, da inconstitucionalidade de uma norma, o que, naturalmente, implica um controlo concentrado num Tribunal.

b) *Controlo concreto*

Associado ao controlo jurisdicional difuso e incidental, o controlo concreto é também chamado «acção judicial» *(Richterklage).* Trata-se aqui de dar operatividade prática à ideia da *judicial review*

americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas.

O juiz Marshall, no caso *Madison v. Marbury,* explicou este pensamento da forma que se tornou clássica: «É, sem dúvida, da competência e dever do Poder judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei desatendendo à constituição, ou de acordo com a constituição rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a Constituição e não a lei ordinária que há-de regular o caso a que ambos dizem respeito.»

III — Quando se controla: o tempo do controlo

1. Controlo preventivo

Como critério de classificação elege-se aqui o momento da entrada em vigor do acto normativo. Se ele é feito quando a lei ou acto equivalente sujeito a controlo é ainda um «acto imperfeito», carecido de eficácia jurídica, diz-se que o controlo é *preventivo.*

O controlo preventivo, consagrado pela constituição francesa de 1958 (art. 61.°), como o controlo mais importante exercido pelo *Conseil Cons-titutionnel,* é um controlo que se aproxima de um controlo político. Não se trata, por um lado, de um controlo sobre normas válidas, mas sobre projectos de normas. Por outro lado, o tribunal ou órgão encarregado deste controlo não declara a nulidade de uma lei; propõe a reabertura do processo legislativo para eliminar eventuais inconstitucionalidades. Um sentido aproximado se detecta, como se verá, no controlo preventivo consagrado na CRP (arts. 278.° e 279.°), mas no nosso caso trata-se de uma verdadeira decisão jurisdicional sobre a constitucionalidade de projectos de actos normativos (cfr. *infra).*

2. Controlo sucessivo

Na hipótese de o acto normativo ser um acto perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele exercido é um *controlo sucessivo ou à posteriori.*

IV — Quem pede o controlo: a legitimidade activa

1. Legitimidade «quisque de populo» e legitimidade restrita

Se a legitimidade para a impugnação da constitucionalidade for reconhecida a qualquer pessoa *(quisque de populo)* na forma de «acção popular» diz-se que há uma legitimação universal.

Quando a legitimidade para a impugnação da constitucionalidade é reconhecida só a certas e determinadas entidades ou a certos e determinados cidadãos que se encontram em determinada relação com o processo, fala-se de *legitimidade restrita* (cfr. arts. 280.74, 281.72 e 283.°).

Pela inflação dos processos de controlo que a acção popular universal poderia originar, a regra é a da restrição da legitimidade, qualquer que seja o tipo de controlo. No controlo abstracto de normas, os titulares de legitimidade impugnatória são certas e determinadas entidades (Presidente da República, Provedor de Justiça, governos federais, uma fracção de deputados); no controlo difuso incidental a legitimidade está naturalmente circunscrita ao juiz, Ministério Público e partes na causa submetida ajuízo.

2. Legitimidade «ex officio», legitimidade das partes, legitimidade de órgãos públicos

O princípio fundamental do processo do constitucional é o de que a questão da inconstitucionalidade só pode ser iniciada por determinadas pessoas (as pessoas com legitimidade processual) ou por determinados órgãos públicos (ou um número mínimo de titulares dos mesmos), mas nunca pelos próprios órgãos de controlo (cfr. *infra).* A impugnação da inconstitucionalidade não é iniciada *ex ojfício* pelos órgãos de controlo; estes aguardam a impugnação directa feita pelos órgãos constitucionalmente legitimados (controlo abstracto) ou pelas pessoas que num caso concreto são partes, ou, de qualquer modo, têm legitimidade processual activa (controlo incidental concreto, acção constitucional de defesa).

Deve ter-se em atenção que o facto de os órgãos de controlo não poderem *ex ojfício* iniciar um processo de controlo de inconstitucionalidade, isso não significa necessariamente que o órgão de controlo, num processo perante si já-levantado, não possa *ex ojfício* tomar conhecimento e suscitar o incidente da inconstitucionalidade, mesmo quando as partes o não tenham feito. Na história do direito constitucional português podemos observar claramente estas duas hipóteses: (1) a legitimidade impugnatória reconhecida apenas às partes de um «feito submetido a julgamento» (art. 63.° da Constituição

de 1911); (2) legitimidade activa de impugnação reconhecida também *ex offi-cio* aos tribunais, mesmo que as partes não hajam suscitado o incidente de inconstitucionalidade (arts. 123.° da Constituição de 1933, e arts. 207.° e 280.71 da Constituição de 1976).

V — Os efeitos do controlo

1. Efeitos gerais e efeitos particulares

Distingue-se entre um sistema em que o órgão competente para fiscalização da constitucionalidade anula o acto com eficácia *erga omnes (Allgemeinwirkung)* e um *sistema de desaplicação* com eficácia *inter partes.* No primeiro caso, o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico; no segundo tipo, o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes.

O controlo com efeitos *inter partes* corresponde à clássica *judicial review:* os juizes exercem o seu *Prufungsrecht* («direito de prova», direito de «fiscalização», direito de «exame») e controlam a validade da norma ou normas incidentes na solução do caso concreto. O controlo com eficácia *erga omnes é* próprio do controlo concentrado e corresponde ao exercício de uma *Verwerfungskompetenz* («competência de rejeição»). O Tribunal Constitucional ou órgão correspondente afirma-se como «defensor da Constituição», «legislando» negativamente, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma inconstitucional.

2. Efeitos retroactivos e efeitos prospectivos

Distingue-se consoante se atribua à decisão de anulação uma eficácia *ex nunc,* no sentido de que o efeito da invalidade só começa a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade, e uma eficácia *ex tunc,* com efeitos retroactivos, próprios da nulidade em sentido técnico, quando a eficácia invalidante abrange todos os actos, mesmo os praticados antes da declaração da inconstitucionalidade (cfr. art. 282.°).

Em rigor lógico, a eficácia *ex nunc* seria própria do sistema concentrado. Como sustentou KELSEN, enquanto um Tribunal Constitucional não tiver declarado inconstitucional uma lei, este acto é válido e vinculante para os juizes e os outros aplicadores do direito. A declaração com efeitos *erga omnes* (típicos

do acto legislativo) valeria apenas *pro futuro.* Já no caso de *judicial review* o efeito típico é o da nulidade e não da simples anulabilidade: a lei *desaplicada* por inconstitucional é nula porque desde a sua entrada em vigor é contrária à constituição, motivo pelo qual a eficácia invalidante se deveria tornar extensiva a todos os actos praticados à sombra da lei constitucional — daí o seu efeito *ex tunc.* Iremos ver que este rigor lógico nem sempre se mantém. Na Constituição portuguesa os efeitos do controlo concentrado são, por ex., efeitos *ex tunc* (cfr. art. 282.°/ 1 e 2). Sobre a necessidade de conciliar a regra da retroactividade e a regra da prospectividade, evitando efeitos nocivos e soluções radicais cfr. CAPPELLETTI / COHEN, *Comparative Constitutional Law,* cit., p. 98 ss. Por último, entre nós, cfr. M. REBELO DE SOUSA, *Valor Jurídico,* cit. p. 39 segs.

3. Efeitos declarativos e efeitos constitutivos

a) *Efeito declarativo*

Fala-se em *controlo declarativo* quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é *absolutamente* nulo *(null and void)* e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo «limitam-se» a reconhecer declarativamente a sua nulidade. É o regime típico do controlo difuso.

b) *Efeito constitutivo*

Nos sistemas de controlo concentrado a regra geral consiste em atribuir à decisão de inconstitucionalidade um *efeito constitutivo.* O órgão que decide sobre a inconstitucionalidade *anula* um acto normativo que até ao momento da decisão é considerado como válido e eficaz. É o regime geral do controlo concentrado.

Como se acaba de explicar, o controlo concentrado, de acordo com as premissões teorético-jurídicas de KELSEN e de MERKL, parte da ideia de as leis inconstitucionais" deverem ser consideradas como "leis constitucionais" até serem eliminadas do ordenamento jurídico por um órgão jurisdicional especial através de um "processo de cassação de normas" também específico. Esta doutrina é hoje recolhida pelos autores que opõem à tese clássica da "nulidade da lei inconstitucional" a tese da "declaração de invalidade". Cfr., por último, P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklãrung Verfassungswidriger Gesetz durch das Bundesverfassungsgericht, 1988.*

CAPÍTULO 27

PADRÃO VI — ESTRUTURAS DE GARANTIA E DE CONTROLO

2.° — O SISTEMA DE CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1976

Sumário

Indicações bibliográficas

A e **B) SISTEMA DE CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1976**

CANOTILHO, J. G. / MOREIRA, V. — *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI.
COSTA, J. M. C. — «O Tribunal Constitucional Português. Sua origem histórica», in BAPTISTA COELHO (org.) *Portugal Político,* cit., p. 919 ss.
CRISAFULU, V. — *Lezioni di Diritto Costituzionale,* Vol. II, 2, Padova, 1970, p. 119.
IPSEN, J. — *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Nonn und Einzelakt,* Baden-Baden, 1980.
LE BON, P. (org.) — *La justice constitutionnelle au Portugal,* Paris, 1989.
MEDEIROS, R. — «Valores jurídicos negativos de lei inconstitucional», in *O Direito,* **III,** 1989, p. 485 ss.
MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* Vol. II, pp. 273 ss.
MODUGNO, F. — *LInvalidità delia Legge,* Vol. II, Milano. 1970, pp. 79 ss.
MOENCH, CH. — *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle,* Baden-Baden, 1979.
NEVES, M. — *Teoria da Ínconstitucionalidade das leis,* S. Paulo, 1988.
SOUSA, MARCELO R. — *O Valor jurídico do acto inconstitucional,* 1988, p. 39 ss.
ZAGREBELSKY — *La Giustizia Costituzionale,* Bologna, 1977, pp. 39 ss.

A I *MEMÓRIA E HISTÓRIA*

I — Constitucionalismo monárquico

O direito de acesso directo dos juizes à Constituição com o fim de averiguarem se um acto normativo infraconstitucional está em conformidade com as normas superiores da constituição só mereceu direito de cidade na Constituição republicana de 1911 (art. 63.°). Este facto não significou, porém, completa indiferença da doutrina e legislação portuguesas relativamente à «bondade» da submissão da lei ao controlo judicial, na senda da conhecidíssima tradição da *judicial review* do direito norte-americano, iniciada com o caso *Marbury v. Madison.* Não obstante a vincada influência do constitucionalismo francês no constitucionalismo português e do dogma, associado àquele, da preponderância do parlamento, o problema da fiscalização, pelos tribunais, dos «abusos legislativos» expressos em leis inconstitucionais, não deixou de colocar-se. O dogma de que só ao parlamento ou ao órgão dominado por ele competia avaliar da constitu-cionalidade ou inconstitucionalidade das leis — «o criador» e só ele pode ajuizar dos pecados das «criaturas» por ele geradas (leis) — tinha, mais tarde ou mais cedo, de se confrontar com o conhecido dilema que se colocava aos órgãos aplicadores das mesmas: ou afastar as normas desconformes com a constituição em nome da constituição considerada como lei superior, ou afastar a constituição por amor às leis e à soberania do parlamento'.

Eis os termos plásticos e incisivos utilizados por um magistrado, em 1852, para colocar o problema: «os juizes prestaram juramento de observar, e fazer observar, a carta constitucional da Monarquia, e as leis do reino, e não podem abstrahir estas d'aquélla, no cumprimento dos seus deveres, estando obrigados a isso, a considerar, não só, se as partes, se os processos, se as acções, tem a qualidade de legítimas, mas, outrossim, se os diplomas, ou deter-

[1] Cfr., por último, ARMANDO MARQUES GUEDES, Prefácio à obra colectiva dirigida por PIERRE LE BON, *La Justice Constitutionelle au Portugal,* Paris, 1989, p. 16; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional,* 1988 p. 39 ss; JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 391 ss.

minações, cujas theses devem aplicar as hypotheses dos autos, têm ou não, o cunho de lei»[2].

Nos finais do século XIX, as coisas começavam a estar maduras para experiências legiferantes. Assim, uma proposta de Reforma Constitucional de 1900 (fracassada) atribuía aos juizes o poder de conhecerem da constitucionali-dade das leis, dos decretos, dos regulamentos, das instruções e de quaisquer deliberações de corpos e coiporações administrativas que fossem chamados a aplicar. No mesmo sentido — mas também sem êxito — o legislador ordinário tentou impor o dever do poder judiciário recusar a aplicação de leis não constitucionais (Decreto de 11 de Junho de 19O7)[3].

II — Constituição de 1911

O art. 63.° da Constituição de 1911 representa a consagração formal do princípio da *judicial review* dos actos legislativos desconformes com a constituição. Costuma ver-se no texto da primeira constituição republicana o rasto da constituição brasileira de 1881 (que legitimou também, no Brasil, a implantação da República).

Cfr., por último, CARDOSO DA COSTA, *«O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica»,* in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal. O Sistema Político e Constitucional, 1974-1987,* 1988, p. 914. Em abono da verdade, deve dizer-se que a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis foi consagrada logo na constituição provisória de 1890 do Brasil (art. 58.°, l/a e *b)* e no Decreto 848, de 11 de Outubro de 1890). Os constituintes portugueses de 1911 não desconheciam também, certamente, a lei brasileira n.° 221, de 20 de Novembro de 1894, art. 13.°/10, onde se explicava: «Os juizes e os tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a constituição». A doutrina reconhece que na consagração da *judicial review* no direito brasileiro teve especial influência o eminente jurista RUY BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo,* 1880, agora reproduzido em Rui BARBOSA, *Trabalhos Jurídicos,* Rio de Janeiro, 1962, p. 54. Cfr. informações em GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade,* S. Paulo, 1990, p. 170 ss.

[2] Assim precisamente, SILVA FERRÃO, *Tratado sobre os direitos e encargos da sereníssima Casa de Bragança,* Coimbra, 1852, p. 253, cit. por MARQUES GUEDES, cit.,p. 10.

[3] O estudo destas tentativas e os desenvolvimentos doutrinais da época ver-se-á em J. M. T. de MAGALHÃES COLLAÇO, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português,* Coimbra, 1915, p. 54 ss; MARNOCO E SOUSA, *Direito Político,* Coimbra, 1910, p. 783.

III — Constituição de 1933

O sistema de fiscalização difuso transitou para a Constituição de 1933 (art. 123.°). O controlo judicial era, porém, excluído, quando se tratasse de inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas carecidos de promulgação do Chefe de Estado (leis da Assembleia Nacional e decretos do Governo). A revisão de 1971 abriu a possibilidade da fiscalização abstracta concentrada, confiando-a à Assembleia Nacional[4].

IV — Regime pré-constitucional

O sistema delineado na Constituição de 1933 depois da revisão de 1971 — sistema misto de controlo judicial difuso e controlo concentrado — influenciou as primeiras leis constitucionais do regime democrático emergente do 25 de Abril. A L 3/74, de 14-5, além de manter o sistema difuso, atribuiu ao Conselho de Estado competências para declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de quaisquer normas (art. 13.73). Quando se institucionalizou o Conselho da Revolução (L 5/75, de 14-3) passaram para este as competências até então atribuídas ao Conselho de Estado, dentre as quais se incluíam as de órgão de controlo concentrado da constitucionalidade (art. 6.°).

V — Sistema originário da Constituição de 1976

No texto originário da Constituição mantiveram-se as dimensões fundamentais consagradas nas leis constitucionais pós-25 de Abril — sistema misto de fiscalização judicial difusa e de fiscalização concentrada abstracta. Alguns traços originais são, porém, de salientar no modelo do texto constitucional primitivo de 1976: (1) criação de dois novos tipos de fiscalização: a fiscalização preventiva abstracta de

[4] A experiência de fiscalização concreta quer na 1." República (Constituição de 1911), quer no Estado autoritário de 1933, é desconsoladora. Raras vezes os tribunais exerceram o seu direito de acesso à Constituição. Ao caso não são alheias a instabilidade política e falta de enraizamento do instituto na Constituição de 1911 e o carácter autoritário do regime de 1933. Sobre o sistema na revisão de 1971, cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, "A concentração de competência para o conhecimento judicial da constitucionalidade da lei", in *O Direito,* 103 (1971).

actos legislativos ou equiparados e a fiscalização da inconstitucionali-dade por omissão; (2) a criação da Comissão Constitucional como órgão de controlo, de composição e funções híbridas (órgão consultivo do Conselho da Revolução e instância de recurso para apreciação das questões de inconstitucionalidade suscitadas perante os tribunais).

VI — O sistema de fiscalização depois das revisões de 1982 e de 1989 *

1. Revisão de 1982

Com a revisão de 1982 ficou praticamente definido o actual sistema de fiscalização de constitucionalidade. O sistema complexo misto de controlo consolida-se como elemento estruturante mas, em substituição da Comissão Constitucional, criou-se um *Tribunal Constitucional,* configurado como verdadeiro órgão jurisdicional. As suas competências principais, como órgão de fiscalização, ficaram então definidas: (1) *órgão de controlo,* a *título principal,* das questões de constitucionalidade (e de alguns casos de ilegalidade), que lhe sejam apresentadas por certas entidades individualizadas na Constituição (art. 281.°); (2) *órgão jurisdicional* para, em *via de recurso,* apreciar as questões de inconstitucionalidade decididas, a título incidental, pelos tribunais nos feitos submetidos a julgamento.

2. Revisão de 1989

Não se verificaram modificações substanciais quanto ao sistema de fiscalização. Todavia, precisaram-se melhor as funções dos tribunais e do Tribunal Constitucional como «guardiões» do «bloco de legalidade reforçada» (arts. 280.72/a e 281.71/a) e definiu-se o esquema de fiscalização da nova categoria das leis orgânicas (art. 278.°) e dos referendos (art. 118.° e 225.72//). Aproveitou-se ainda para definir e localizar com mais rigor o estatuto jurídico constitucional do Tribunal Constitucional (arts. 223.° ss).

[1] Para maiores desenvolvimentos, cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 400 ss.

B I *CARACTERIZAÇÃO GLOBAL DO SISTEMA PORTUGUÊS VIGENTE*

I — Sistema misto complexo

O modelo de controlo da constitucionalidade actualmente consagrado no direito português[6] reconduz-se a um esquema compósito cujos traços caracterizadores são os seguintes.

1. O controlo difuso, concreto e incidental

Consagra-se o controlo difuso, concreto e incidental dos actos normativos, na senda da tradição republicana portuguesa. A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais — judiciais, administrativos, fiscais, militares — (cfr. arts. 207.° e 277.°) que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelo juiz ou ministério público, julgam e decidem a questão da Ínconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial. Sublinhe-se, porém, a originalidade do sistema português: (1) não se consagra o modelo puro de *judicial review* porque, como se salientará em seguida, existe também entre nós um sistema concentrado; (2) não se consagra um sistema de mero incidente de Ínconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso directo à constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas — alemão, italiano —, a decisão para o TC. Neste sentido se afirma que, no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção, são *órgãos da justiça constitucional*[1].

[6] É conveniente ter presente a origem e formação do sistema de fiscalização, isto é, o sistema pré-constitucional. Sobre isso cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, pp. 331 ss; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI.

[7] Cfr., por ex., L. NUNES DE ALMEIDA, «A justiça constitucional...», p. 111. Sobre os vários modelos de fiscalização incidental, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 435.

2. O controlo abstracto de normas

Ao lado do controlo difuso e concreto — o controlo tradicional português de fiscalização da constitucionalidade — a Constituição de 1976 consagrou um *controlo concentrado e abstracto de normas.* Por *controlo de normas* entende-se o processo constitucional dirigido à fiscalização e decisão, com força obrigatória geral (com força de lei), do desvalor formal ou material de uma norma jurídica.

Na terminologia antiga falava-se também aqui de fiscalização jurisdicional ou judicial *(richterliche Prufungsrecht).* Mas convém, como já se frisou, distinguir entre *Prufungsrecht* ou *judicial review,* dos tribunais, e *Verwerfungskompe-tenz,* ou seja, competência para declaração geral e obrigatória da inconstitucionali-dade de uma norma, concentrada num único órgão (Tribunal Constitucional).

O controlo abstracto pode fazer-se antes (arts. 278.° e 279.°) de os diplomas entrarem em vigor — *controlo preventivo* — ou depois (arts. 280.° e 281.°) de as normas serem plenamente válidas e eficazes — *controlo sucessivo.*

a) *Controlo preventivo*

Seguindo a tradição francesa, a Constituição de 1976 consagrou a possibilidade de um controlo abstracto preventivo de alguns diplomas legislativos (arts. 278.° e 279.°). Como já se assinalou, o sentido de um controlo que incida sobre *normas imperfeitas* não tem natureza idêntica à de um controlo jurisdicional incidente sobre normas já entradas em vigor. A decisão do Tribunal não consiste na *anulação* de normas mas sim na *proposta de veto* ou *reabertura do processo legislativo.*

b) *Controlo sucessivo*

O *controlo abstracto sucessivo,* também chamado controlo em «via principal», em «via de acção» ou em «via directa» (cfr. art. 281.°), existe quando, independentemente de um caso concreto, se averigua da conformidade de quaisquer normas com o parâmetro normativo--constitucional. O Tribunal Constitucional actua como «defensor da constituição» relativamente ao legislador e como órgão de garantia da hierarquia normativa da ordem constitucional.

3. Controlo da constitucionalidade por acção e por omissão

O controlo dos actos normativos violadores das normas e princípios constitucionais reconduz-se à fiscalização da *inconstitucionalidade*

por acção, que é a fiscalização típica exercida pelos tribunais (cfr. arts. 277.° e 282.°). Ao lado desta, existe a *inconstitucionalidade por omissão,* não muito frequente no plano comparativo-constitucional.
A Constituição portuguesa de 1976 é um dos raros textos constitucionais (cfr. também, Constituição brasileira de 1988) a consagrar, *expressis verbis,* a possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão (art. 283.°), chegando ao ponto de considerar a fiscalização da constitucionalidade por omissão de normas jurídicas como um dos limites materiais de revisão (art. 288.°//).
O reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da constituição, em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos, assenta no pressuposto da *superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária.* A lei constitucional impõe--se como determinante heterónoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a *concretização* da lei fundamental (cfr. *infra* Cap. 29, F).

C I *O PARÂMETRO DE CONTROLO OU DETERMINAÇÃO DO «BLOCO DA CONSTITUCIONALIDADE»*

1. A determinação do parâmetro constitucional

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.73). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao *parâmetro constitucional.* Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fun-damentalmente entre duas posições:
(1) parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformi-

dade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais);
(2) parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global,* e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.
Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo «espírito» ou pelos «valores» que informam a ordem constitucional global.
A melhor forma de se discutir o problema das *normas de referência ou* do *parâmetro do controlo* é analisar alguns dos «elementos normativos» com que se pretende alargar o «bloco da constitucionalidade».

2. A parametricidade do direito suprapositivo

A ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas.
Não estando aqui em causa o problema da validade material da ordem jurídica (= legitimidade material), mas apenas o de saber quais as normas e princípios a que os órgãos de controlo podem apelar para aquilatar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos actos normativos, a resposta, em tese geral, é dada pela própria Constituição: só são inconstitucionais as normas que infrinjam as *normas e princípios consignados na Constituição* (cfr. arts. 3.°/3 e 277.°/ 1).
Mas o que deve entender-se por *princípios consignados* na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista subjacente ao presente curso, é a

de que a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduziveis a uma *densificação ou revelação específica* de princípios constitucionais positivamente plasmados (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão 111/1/A, problema das com-petências implícitas). O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivisticamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional. Vejamos alguns exemplos. *O princípio da proporcionalidade* ou do «uso moderado do poder» embora esteja explicitamente consignado na constituição apenas como princípio director da administração (cfr. art. 266.°/2 na redacção da LC 1/89), é também um subprincípio densificador do princípio constitucional do Estado de direito democrático (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1, A) e está claramente implícito em várias normas constitucionais (ex.: arts. 18.72, 19.° e 273.72). *O princípio da não retroactividade* só está expressamente consagrado como princípio constitucional em certas matérias (cfr. art. 18.73), mas pode ter potencialidades normativas mais amplas quando considerado como princípio densificador do Estado de direito (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1). *O princípio da protecção da confiança* não tem relevo autónomo como princípio constitucional, mas pode e deve ser incluído no parâmetro constitucional como princípio concretizante do Estado de direito (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. \). *O princípio do não retrocesso social* ou princípio da «proibição da evolução reaccionária» não é um princípio constitucional expresso, mas contribui para a densificação das normas e princípios constitucionais referentes aos direitos económicos, sociais e culturais (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 2).

Como se vê, só a constituição pode ser considerada como a *norma de referência ou parâmetro normativo* do controlo da constitucionalidade dos actos normativos. Saliente-se ainda: «é a constituição no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados — que é tomada como padrão do julgamento da inconstitucionalidade[8]. Todavia, e mais uma vez, o pro-

[8] Assim, precisamente, J. M. Cardoso da Costa, «A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado, vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos, das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas», in *VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus,* 1987, p. 51.

grama normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma posi-tivística, ao «texto» da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o «bloco da constitucionalidade» a princípios não escritos, mas ainda recondu-zíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densi-ficação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

3. A parametricidade dos direitos fundamentais

O problema dos direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência a ter em conta no juízo de legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa constituição, como a portuguesa, consagradora de um amplo *catálogo* de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatórias em qualquer controlo da constitucionalidade dos actos normativos.

Os únicos problemas que se podem suscitar dizem respeito aos *direitos fundamentais não formalmente constitucionais,* isto é, os direitos constantes de leis ordinárias ou de convenções internacionais (cfr. art. 16.°). Todavia, ou estes direitos são ainda densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, consequentemente, direitos positivo-constitucionalmente plasmados, e nesta hipótese, formam parte do *bloco de constitucionalidade,* ou são direitos autónomos não-reentrantes nos esquemas normativo-constitu-cionais, e, nessa medida, entrarão no *bloco da legalidade,* mas não no da constitucionalidade (cfr. também *supra,* Parte IV Padrão II/3).

Deve salientar-se que este problema da parametricidade dos direitos fundamentais nem sempre se apresenta com a relativa facilidade do direito constitucional português. Muitas constituições datam do século passado, consagrando formalmente apenas direitos de um certo tipo, ou são particularmente parcimoniosas no elenco dos direitos fundamentais. Outras ainda, como a constituição francesa de 1958, reenviam para textos e preâmbulos de constituições anteriores, obrigando os aplicadores a uma delicada tarefa metódica para desvendar o exacto alcance do bloco da constitucionalidade no que se refere aos direitos fundamentais. Cfr. uma boa resenha do direito francês em F. Goguel, «Object et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil Constitu-tionnel Français», in L. Favoreu (org.), *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux,* Paris, 1982, pp. 225 ss. Cfr., também, Cardoso da Costa, «A justiça constitucional...», cit., p. 52 ss.

4. A parametricidade das normas interpostas e pressupostas[9] **4.1.** ***Exemplos***

Existem casos de normas que, carecendo de forma constitucional, são *reclamadas ou pressupostas* pela constituição como específicas condições de validade de outros actos normativos, *inclusive* de actos normativos com valor legislativo. Como exemplos típicos, mas sem carácter exaustivo, podem apontar-se os seguintes:

(1) as leis de delegação ou de autorização (cfr. arts. 115.°, 168.72 e 201.71-è), consideradas como parâmetro normativo-material de decretos-leis autorizados ou de decretos legislativos regionais autorizados (art. *229°/l/b);*

(2) as leis de bases ou de enquadramento (art. 115.72) consideradas como normas de referência dos decretos-leis de desenvolvimento (art. 201.71/c) ou decretos legislativos regionais de desenvolvimento (art. 229.71/c);

(3) as leis estatutárias regionais (art. 228.°) que servem de parâmetro material às leis da República e aos decretos legislativos regionais;

(4) as normas de direito internacional, se e na medida em que se considerem como tendo valor paramétrico relativamente ao direito legal ordinário (cfr. art. 8.72);

(5) as leis gerais da República, consideradas como parâmetro material dos decretos legislativos regionais (arts. 115.74 2 229.71/a);

(6) as normas regimentais (regimentos), reclamadas como parâmetro material de validade do procedimento de formação das leis;

[9] Cfr. MODUGNO, *UInvalidità delle Legge,* cit., Vol. II, pp. 79 ss; CRISAFULLI, *Lezioni,* cit., Vol. II, 2, p. 119; ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale,* Bologna, (1977), pp. 39 ss; LAVAGNA, «Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo delle manifesta infondatezza», in *RISG,* 1955-56, p. 230, a quem se deve a fórmula de «normas interpostas». Por último, cfr. G. NACO, «Norme interposta e giudizio di cos-tituzionalitá», in *Giur. Cost,* 1982, p. 1875; ZAGREBELSKY, *II sistema delle fonti dei diritto,* p. 141.

(7) as leis especiais, materialmente determinantes de outras leis (art. 109.°/l, lei de enquadramento do orçamento).

Alguns destes casos mereceram expressa solução constitucional. A Constituição considera as leis estatutárias (3) e as leis gerais da República (6) como parâmetros materiais a ter em conta no juízo de legitimidade de certos actos normativos e considera a relação de eventual desconformidade entre o parâmetro legal e os actos normativos a ele sujeitos como *ilegalidade* (cfr. arts. 280.72 e 281.71/fr, *c* e *d),* susceptível de controlo pelo Tribunal Constitucional[10].

Noutros casos a constituição não deixa dúvidas sobre a existência de uma relação de conformidade necessária entre dois actos legislativos, como é o caso de (2) e (3), mas absteve-se de configurar ou qualificar juridicamente a relação de desvalor paramétrico entre decretos-leis autorizados violadores das respectivas leis de autorização, ou entre decretos-leis de desenvolvimento e as correspondentes leis de bases". De acordo com o que se disse atrás, estas leis devem hoje (depois da 2.ª revisão da constituição) configurar-se como *leis de valor reforçado,* dando origem à ilegalidade dos actos legislativos com elas contrastantes (cfr. Ac. TC 371/91, DR, II, 10-12).

A hipótese prevista em (4) oferece mais dificuldades, dado que a constituição em parte alguma afirma a superioridade do direito internacional sobre o direito legal ordinário (cfr. *supra* Parte IV, Cap. 2I/A). A elevação das normas de direito internacional a parâmetro normativo do direito interno é, sobretudo, uma posição doutrinária, embora metodicamente fundada em preceitos constitucionais (cfr. sobretudo art. 8.°). Aqui, por conseguinte, são dois os problemas: (i) demonstrar, em primeiro lugar, o valor paramétrico superior do direito internacional relativamente ao direito legal interno; (ii) em caso afirmativo, qualificar juridicamente a relação de desvalor paramétrico entre o direito internacional e o direito interno.[lla]

[10] Ressalvam-se, como é óbvio, as hipóteses de violação directa da Constituição, caso em que haverá inconstitucionalidade ou não ilegalidade. Cfr. CICONETTI, «I limite 'ulteriori' delle delegazione legislativa», in *RTDP,* 1066, p. 568; PATRONO, «Decreti legislativi e controlo di costituzionalità», in *RDPC,* 1968, pp. 1012 ss.

[1'] Para simplificar as coisas estamos a pensar apenas nas hipóteses de as leis de bases incidirem em matérias de exclusiva competência da AR. Cfr., porém, *supra,* a referência mais global do problema.

["a] Tem sido um problema muito discutido na doutrina e jurisprudência portuguesas. Cfr., por último, ANTÓNIO DE ARAÚJO, "Relações entre o Direito Interna-

O caso (6) constitui um exemplo tradicionalmente não considerado como hipótese merecedora de análise, em sede de determinação do parâmetro da constitucionalidade, dada a insindicabilidade dos actos *interna corporis.* Perante a atribuição de carácter normativo aos regimentos (cfr. *supra* Parte IV, Cap. 24/A) suscita-se, porém, a questão de saber se as normas regimentais não serão um padrão ou parâmetro normativo das leis (da AR) e dos actos legislativos regionais (das Assembleias Regionais), pelo menos para a delimitação dos contornos conceituais dos vícios *in procedendo* (vícios de procedimento) dos actos legislativos emanados de assembleias com competência legiferante.
Finalmente, no caso (7) podemos deparar com dois tipos de *leis reforçadas:* (i) leis reguladoras da produção de outras leis (ex.: art. 108.°: *lei de enquadramento* do orçamento); (ii) leis constitutivas de limites de outras leis (ex.: art. 17O.°/3 — lei anual do Orçamento do Estado).

4.2. *Os modelos*

Como se vê, a fórmula *normas interpostas* serve para designar esquemas relacionais diversos ou, pelo menos, diversamente configurados pela constituição. Os esquemas seguintes tornam mais transparentes os *conjuntos normativos de referência.*

4.2.1. *Parametricidade directa da Constituição*

MODELO I

[Constituição = parâmetro de controlo Acto normativo = objecto de controlo

Neste modelo, a constituição constitui o parâmetro directo de controlo, havendo uma *relação de desvalor directa* sempre que entre as normas constitucionais e os actos normativos hierarquicamente inferiores existam antinomias — *inconstitucionalidade directa.*

cional e o Direito Interno", in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional,* p. 10 ss.

4.2.2. *Parametricidade interposta* — 1

MODELO II

Constituição = parâmetro indirecto Norma interposta = parâmetro directo _ Acto normativo = objecto de controlo

O modelo II contempla as hipóteses de desconformidade entre um acto normativo e um outro de valor formal superior (mas de valor formal não constitucional) reclamado pela constituição como condição de validade (formal, procedimental ou substancial) do primeiro.

4.2.3. *Parametricidade interposta* — 2

MODELO III

Constituição = parâmetro indirecto

Norma interposta - parâmetro directo Acto normativo - objecto de controlo

O modelo III configura a hipótese de parametricidade existente entre dois actos normativos de igual valor, mas em que um deles é expressa ou implicitamente considerado pela Constituição como dotado de carácter determinante em relação ao outro (exs.: leis de bases, leis de autorização, leis estatutárias). Alguns autores (Jorge Miranda) configuram estas hipóteses como *relações de vinculação de carácter especial* entre actos legislativos.

4.2.4. *Parametricidade pressuposta*

MODELO IV

Constituição

Norma pressuposta (norma reforçada) —> acto normativo objecto de controlo

O modelo IV pretende contemplar os casos *de pressuposição de normas* que se verificam quando a concretização do programa normativo pressupõe uma disciplina legislativa prévia condicionante das concretizações legislativas posteriores. E o caso de certas *leis reforçadas* (exs.: lei de enquadramento do orçamento em relação à lei anual do orçamento, lei anual do orçamento em relação às outras leis financeiras e fiscais, lei de modificação de autarquias em relação às leis concretamente criadoras, extintivas ou modificativas de autarquias locais) que, não obstante a paridade hierárquica com as leis concretizadoras e apesar de a constituição nada estabelecer relativamente ao seu valor paramétrico, são *pressupostas* como parâmetro.
A diferença entre os casos previstos no modelo **III** e os casos previstos no modelo IV radica no facto de, no primeiro, a constituição considerar *expressis verbis* dois actos legislativos com igual valor formal, mas de diferente hierarquia material; no segundo, a Constituição *pressupõe* que um acto legislativo tem de servir de parâmetro a outros actos de igual valor a fim de se executar ou concretizar o programa normativo-constitucional.
4.3. *As soluções do direito constitucional português*
A constituição portuguesa acolheu, depois da 2.ª revisão, (LC 1/89), o sistema de referência normativo do modelo **III,** ao prever leis de valor reforçado e o desvalor da *ilegalidade* dos actos legislativos com elas desconformes (cfr. art. 115.72, 169.72, 280.72/a, 281.71/6). O modelo IV de parametricidade *interposta* e *pressuposta* está inequivocamente subjacente à disciplina dos arts. 109.°, 255.°, 256.° e 296.° O modelo I não oferece quaisquer dificuldades, pois ele contempla as hipóteses normais de parametricidade directa da Constituição. O modelo II não encontrou expressão no ordenamento constitucional português. Ressalva-se o Estatuto de Macau, pois a lei que o aprovou (L n.° 21/76) foi recebida como *lei constitucional,* mas a Constituição prevê a sua alteração por lei ordinária (cfr. art. 292.°).
5. «Direito da constituição» e «direito da lei»
5.1. *A construção clássica*
A teoria da fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos (designadamente das leis) foi elaborada tendo em consideração duas premissas fundamentais:

(1) quanto ao parâmetro: *inconstitucional* é toda a norma legal que viole os preceitos constitucionais; *ilegal* é todo o acto normativo que contrarie o direito plasmado em leis.
(2) quanto aos efeitos: uma norma inconstitucional é *nula,* isto é, está ferida de nulidade absoluta.
Interessa-nos, neste momento, a premissa (1), pois a premissa (2) será objecto da problemática do número seguinte.
A dicotomia *direito da constituição / direito da lei* continua a ser a pedra angular dos parâmetros de controlo de constitucionalidade e da legalidade. Nestes termos:
(1) os actos normativos directamente violadores das normas e princípios da constituição estão feridos de *inconstitucionali-dade* porque infringem o direito da constituição;
(2) os actos normativos não directamente contrastantes com a constituição mas sim com outros parâmetros de natureza legislativa ordinária padecem de *ilegalidade,* dado violarem o direito da lei.

5.2. *O «direito da lei» como conjunto normativo complexo*

As normas interpostas e pressupostas impõem, hoje, uma configuração do «direito da lei» em termos mais complexos do que os delineados pela doutrina clássica.

MODELO I

Direito da lei na teoria clássica

Direito da lei = direito constante de normas com valor de lei
- **Execução da lei** = através de actos regulamentares e complementares da lei
Actos de conteúdo concreto e individual

MODELO II

Direito da lei no esquema constitucional

Direito
' Actos legislativos com valor paramétrico
Actos legislativos subordinados
-Normas de natureza regulamentar ou para-regulamentar
Actos individuais e concretos

No modelo clássico, o *controlo da legalidade* reduzia-se fundamentalmente ao controlo da conformidade ou desconformidade

(1) dos actos administrativos com os regulamentos e com as leis; (2) dos actos regulamentares com os actos legislativos.
No esquema constitucional vigente o «direito da lei» é mais complexo, pois abrange: (1) relações entre *direito legal/direito infralegal;*
(2) relações entre *direito legal/direito legal.*
A ilegalidade reconduz-se não apenas à violação da lei por actos inferiores à lei, mas também à violação da lei por outros actos de valor legislativo *{leis ilegais).*
5.3. As *instâncias de controlo*
O problema da qualificação do desvalor paramétrico não se confunde (ou não se deve confundir) com o problema da competência para o controlo da ilegalidade e da inconstitucionalidade. O *controlo da constitucionalidade* — aferição da conformidade ou desconformidade dos actos normativos com o parâmetro constituído pelas normas e princípios da constituição — é feito por todos os tribunais (controlo difuso) e pelo Tribunal Constitucional, nos termos estabelecidos pela CRP (cfr. *infra,* Padrão VIII). *O controlo da legalidade* — aferição da conformidade ou desconformidade de actos normativos com o direito da lei — é feito: (i) pelos tribunais e pelo TC quando a ilegalidade resulta das relações de desvalor jurídico entre leis com valor reforçado e actos legislativos com elas desconformes (cfr. CRP, art. *28O. °/2/a* e 281.°/l/è); (ii) pelos tribunais administrativos sempre que a ilegalidade resulte da violação da lei por actos normativos inferiores à lei ou por actos administrativos individuais e concretos[12].
Os problemas relacionam-se hoje com a extensão das *leis com valor reforçado.* Leis com valor reforçado são, desde logo, as leis orgânicas (art. 115.°/2). Todavia, a categoria de *leis reforçadas* é mais ampla como indiciam os arts. 28O.°/2/a e *281.°/l/b,* que se referem à ilegalidade com fundamento em violação de lei com valor reforçado e *não apenas* à ilegalidade com fundamento na violação de leis orgânicas com valor reforçado[l3].
A LC 1/89 veio alargar a competência do TC atribuindo-lhe a fiscalização das leis ilegais violadoras de leis com valor reforçado

[12] Cfr. DL n.° 129/84, de 27 de Abril (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais); DL n.° 268/85, de 16 de Julho (Lei de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais).
[13] Cfr. em sentido idêntico, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* 1990, cit., p. 289; "Lei" in *Dicionário Jurídico da Administração,* p. 386.

(cfr. arts. 280.72/a e 281.71/fr). Nesta perspectiva, o TC passou a ser não apenas o defensor da constituição perante actos do legislador, mas também o «guardião» de certas leis no confronto (1) do Parlamento com o Governo (leis de bases / decretos leis de desenvolvimento, leis de autorização / decretos leis autorizados); (2) do Parlamento e Governo com as Regiões Autónomas (leis gerais da República, decretos legislativos); (3) das Regiões Autónomas em relação ao Parlamento e Governo (leis estatutárias); (4) da autovinculação do parlamento (lei de enquadramento do orçamento / lei anual).

O problema do *parâmetro* do controlo da inconstitucionalidade indirecta e da ilegalidade fora amplamente discutido pelo Tribunal Constitucional, constituindo a sua jurisprudência o mais importante repertório para o seu estudo. Embora os arestos jurisprudenciais incidam quase todos sobre questões relacionadas com o problema de primazia do direito internacional perante o direito interno, os desenvolvimentos doutrinais neles contidos relacionam-se com a problemática geral das leis ilegais. Cfr. Ac. 24/85, DR II, 20-5-85; Ac. n.° 41/85, DR II, 114-85; Ac. n.° 67/85, DR II, 15-6-85; Ac. n.° 66/85, DR II, 1-6--85. Cfr. também Parecer CC n.° 12/82, *Pareceres,* Vol. 19.° e Ac. TC n.° 27/84, DR II, 4-7-84. Ac TC 156.785, DR II, 7-1-86, Ac. 159.785, DR II, 7-1-86.

D I *OBJECTO DE CONTROLO: ACTOS NORMATIVOS*

1. Os actos normativos como objecto de controlo

Depois do estudo do *parâmetro* de controlo, impõe-se a análise do *objecto* do controlo. A primeira ideia a reter é a de que, no direito constitucional português vigente, objecto de fiscalização judicial são apenas as *normas,* mas todas as *normas,* independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia. Diversamente de outros sistemas jurídicos, onde a fiscalização da constitucionalidade tem apenas por objecto as leis ou actos equiparáveis *(actos normativos primários),* o controlo de normas é, entre nós, extensivo a todos os actos jurídico-normativos vigentes na ordem jurídica portuguesa (abrange, portanto, os chamados actos *normativos secundários* e *terciários,* como regulamentos, despachos normativos).

Um problema prévio e fundamental é o de saber em que consiste uma *norma ou acto normativo* para efeitos de controlo da constitucionalidade. Como *tópoi* orientadores desta complexa questão men-cionar-se-ão os seguintes:

(1) a qualificação como norma não depende, no direito constitucional português, de qualquer *forma* (lei, regulamento) específica, mas da sua *qualidade jurídica,* ou seja, da sua natureza material;
(2) este requisito ou qualidade jurídico-material reconduz-se fundamentalmente à ideia de norma como: (i) *padrão* de comportamentos; (ii) *acto* criador de *regras* jurídicas para a decisão de conflitos;
(3) em virtude da caracterização material das normas como *padrões* e *regras,* excluem-se do conceito de actos normativos os actos concretos de aplicação dos mesmos (actos administrativos, sentenças judiciais);
(4) a norma, para valer como norma juridicamente vinculante, deve ser criada por um *poder normativo* legitimado para criar padrões de comportamento e regras de decisão de conflitos[14].

2. Conceito funcional de norma

Os elementos caracterizadores de norma jurídica acabados de referir apresentam operacionalidade suficiente para, em geral, se decidir pela presença ou não de um *conteúdo e intencionalidade normativos* do acto submetido a controlo de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade nos casos previstos na Constituição). No entanto, existem actos de contornos jurídicos incertos cujo controlo pelos tribunais para efeitos de eventual desaplicação ou anulação por motivos de inconstitucionalidade suscita justificadas perplexidades. Refiram-se, por exemplo, os tratados-contrato internacionais, os regulamentos de tribunais arbitrais, os regulamentos de disciplina de associações desportivas, as convenções colectivas de trabalho.

Perante as dificuldades suscitadas por casos como estes, a doutrina [15] e jurisprudência [16] constitucionais tem recorrido a uma *aproxi-*

[14] Esta caracterização de norma debate-se com problemas no caso de leis concretas que são, simultaneamente, regra e execução. A jurisprudência constitucional tem optado aqui por um critério formal. Cfr., por ex., Ac. TC n.º 26/85, DR II, 264--85; Ac TC 80/86, DR I, 9-9-6-86, Ac 168/88, DR, I, 11-16-88.

[15] Cfr., Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI; *Constituição da República,* p. 984 ss.; Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 416

mação tópica no sentido de captar um *conceito* de *norma funcionalmente adequado para efeitos de controlo judicial da constitucionali-dade* (cfr. Acs. TC 26/85 e 172/93). Mas o que é um conceito de norma funcionalmente adequado? A resposta parece ser esta: o conceito de norma presente nos arts. 277.°, 280.°, 281.°, 208.° da CRP -especificamente respeitantes à fiscalização da constitucionalidade — é fundamentalmente um *conceito de controlo* ao qual está subjacente uma componente de protecção jurídica típica do Estado de direito democrático-constitucional. Esta componente de protecção-controlo há muito que foi sugerida por Kelsen quando defendeu a necessidade de, na interpretação de preceitos relativos à garantia jurisdicional da Constituição, dever ter-se em conta o interesse decisivo da lei fundamental na desaplicação ou eliminação de actos jurídicos contrários às normas constitucionais. Para este efeito — o controlo de constitucionalidade — a Constituição seleccionou, dentre a imensidade dos actos jurídicos, os *actos com conteúdo normativo.*

Em termos tendenciais, dir-se-á que a Constituição partiu de um conceito de norma reconduzível "a todo e qualquer preceito normativo, independentemente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto, e, bem assim, de possuir, neste último caso, eficácia consuntiva, isto é, de dispensar em acto de aplicação". [17] Pela jurisprudência do Tribunal Constitucional verifica-se, porém, a adopção de uma perspectiva pragmática, traduzida no recurso a elementos ou dimensões possibilitadores da decisão sobre a existência ou não de um acto normativo susceptível de controlo no caso submetido à apreciação do tribunal. Quais as dimensões ou elementos que poderão servir de arrimo para reconhecer num acto jurídico um conteúdo e intencionalidade normativos? Como "critérios" de descoberta [18] de um *conceito de norma constitucionalmente adequado* para efeitos de controlo poderão inventariar-se a *normativida.de,* a *imediação constitucional,* a *heteronomia normativa* e o *reconhecimento normativo jurídico-público.*

A primeira dimensão — a *normatividade* — leva-nos a recortar como actos normativos os actos de "criação normativa" (mesmo que

[17] Assim, precisamente, Cardoso da Costa, *A jurisdição constitucional em Portugal,* 2ª ed., 1992, p. 24, nota 25. Cfr., também, Lobo Antunes, «Fiscalização abstracta da Constitucionalidade», p. 409.

[18] Critério de descoberta "normativa" e não critério de "justificação" da própria retórica argumentativa. Seguimos aqui o importante esforço teorético do Cons. José de Sousa Brito, no voto de vencido do AC. 172/93.

sejam apenas actos modificativos ou revogatórios de normas) por oposição aos actos de "aplicação normativa".

É a intencionalidade normativa que justifica o alargamento do controlo de constitucionalidade a leis-medida e a leis-individuais (exs.: Acs TC 80/86, 157/88, 152/93), a tratados-contrato internacionais (ex.: Ac 168/88), a resoluções da AR suspensivas de decretos-leis (Ac 405/87).

A segunda dimensão — *imediação* das normas e princípios constitucionais como parâmetro de controlo — actua, de modo positivo, fazendo reentrar no conceito de norma os actos normativos que violem directamente a constituição, e, de modo negativo, excluindo do âmbito de controlo os actos normativos que só de forma indirecta ofendem as normas constitucionais.

Assim, por exemplo, o Ac 26/85 considerou um regulamento de arbitragem como norma susceptível de controlo devido ao facto de ter como parâmetro imediato a constituição. Já os Acs. 185/92, 351/92, 162/93, relativos a normas contrastantes com convenções internacionais negaram a existência de normas sujeitas a controlo, dado elas só de forma indirecta infringem normas da Constituição no caso concreto.

Uma outra dimensão — *a heteronomia normativa* — serve para "testar" se, no caso concreto, existe um padrão de comportamento heteronomamente determinado, isto é, dotado de vinculatividade não dependente da vontade dos destinatários.

A inexistência de heteronomia normativa serviu para afastar do controlo de constitucionalidade normas criadas pela autonomia privada (exs.: Acs. TC 156/88, relativo a um regulamento da CP — Caminhos de Ferro Portugueses, EP, destinado à prevenção e combate do alcoolismo, e 472/89, incidente sobre o regulamento da Federação Portuguesa de Futebol).

O apelo ao *reconhecimento normativo* jurídico-político justifica--se nos casos em que existe uma norma baseada na autonomia privada — actos normativos privados — mas reconhecida pelos poderes públicos como heteronomamente vinculante, impondo-se mesmo a terceiros ou a sujeitos não intervenientes na produção do acto normativo. É o caso das convenções colectivas de trabalho [19]. Noutros casos, o reconhecimento jurídico-público impõe-se não porque se trate de actos de normação privada mas porque se trata se actos emanados de outras ordens públicas (ex.: ordens estrangeiras, ordens eclesiásticas).

" Por isso nos parece incorrecta a doutrina do Ac. TC 172/92 e nos merece aplauso a opinião vencida do Conselheiro José de Sousa Brito, junta ao mesmo Acórdão.

3. O catálogo dos actos normativos sujeitos a controlo

Perante o conceito de norma jurídica acabado de explicitar (de resto, o único compatível com a abertura constitucional portuguesa relativamente à possibilidade de controlo de quaisquer normas) não admira a heterogeneidade dos actos normativos constitutivos do *catálogo* de actos susceptíveis de controlo de constitucionalidade.

a) *As leis de revisão constitucional*

As leis constitucionais (=leis de revisão constitucional) podem ser inconstitucionais por violarem as normas reguladoras do processo de revisão bem como as normas fixadoras dos limites materiais e temporais da revisão. Consequentemente, podem constituir *objecto* de controlo da constitucionalidade segundo os princípios gerais da fiscalização das normas primárias[20].

b) *Direito internacional e direito supranacional*

A caracterização das normas do direito internacional e do direito supranacional foi feita no Cap. 21. Relativamente ao controlo da inconstitucionalidade elas podem constituir objecto de controlo nos termos já referidos (cfr. também, *supra).*

c) *Actos legislativos*

As leis, os decretos-leis e os decretos-legislativos regionais (= actos legislativos = actos normativos primários) constituem os actos normativos sujeitos a todos os tipos de controlo e formam o grupo normativo justificativo da tradicional designação do controlo — *controlo da constitucionalidade das leis.* Hoje deve dizer-se *controlo de normas.*

d) *Regimentos das assembleias*

Constituindo actos normativos atípicos, eles são, contudo, *normas* para efeitos do controlo da constitucionalidade (cfr. Ac TC 63/91,

[20] Neste sentido cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* p. 296; Jorge Miranda, *Manual* II, p. 189. Por último, cfr. Marcelo R. de Sousa, *Valor Jurídico,* cit., p. 288 ss. No direito italiano, cfr. A. PizzoRUSSO, «Revisione delia Costituzione», in Branca (org.), *Commentário delia Costituzione, Garanzie Costituzionali,* Roma, 1981, pp. 726 ss.

DR, II, 3.7), não obstante a existência de alguns problemas e especifi-cidades (cfr. *supra,* Cap. 24).

e) *Actos normativos da administração*

Os actos normativos editados pela administração no exercício de funções administrativas podem constituir o objecto de controlo da constitucionalidade. Incluem-se aqui todos os *actos regulamentares típicos,* qualquer que seja a entidade de que emanem (Estado, Regiões Autónomas, Autarquias Locais)[21], bem como os actos *pararegula-mentares* (resoluções, instruções, directivas, despachos) desde que preencham as características de norma jurídica nos termos atrás referidos (cfr. *supra,* III/I).

f) *Resoluções normativas da AR e das assembleias regionais*

Trata-se de outros actos atípicos que, quando revistam carácter normativo (cfr. *supra,* Cap. 24/B), como é o caso de resoluções de aprovação de tratados, de recusa ou suspensão de ratificação de decre-tos-leis (cfr. art. 172.°), obedecem aos princípios gerais de controlo dos actos normativos. Cfr. Acs TC 405/87, 184/89, 63/91, 64/91.

g) *Actos normativos do PR*

Salientou-se atrás (cfr. *supra,* Cap. 23/B) a existência de decretos do PR aos quais é atribuído um verdadeiro sentido normativo (ex.: decreto de declaração do estado-de-sítio ou de emergência). Revestindo a natureza material de normas, ficam sob a alçada do controlo de constitucionalidade.

h) *Normas referendarias*

As consultas populares a nível local (art. 241.°/3) podem incidir sobre a aprovação de normas (dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos para os poderes regulamentares locais).

Quando o referendo local consistir na aprovação de normas ele assume o carácter de acto normativo de valor regulamentar, sujeito a fiscalização de constitucionalidade. Quanto ao referendo nacional, cfr. *supra,* Cap. 24, D.

[21] São ainda de incluir os regulamentos das administrações autónomas (associações públicas) e dos demais órgãos do Estado com poderes regulamentares ou estatutários

i) *Convenções colectivas de trabalho*

Os contratos e acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (cfr. art. 57.°/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade.

Embora contenham actos normativos, alguma doutrina tende a negar a possibilidade de fiscalização de inconstitucionalidade dado que a reserva de autonomia sindical e o direito à contratação colectiva não são suficientes para substituírem a lei nas questões fundamentais das relações de trabalho. Todavia, se, entre nós, a lei pode estabelecer regras quanto à eficácia das normas constantes dos contratos colectivos de trabalho e se essa eficácia pode ir ao ponto de conferir *valor normativo os* actos em questão, parece que estaria preenchido um dos requisitos objectivos para se suscitar a questão de inconstitucionalidade: existência de um *acto normativo.* Os problemas surgem sobretudo em relação à legitimidade passiva, em virtude da inexistência de representação unitária. Cfr. Mortati, *Isti-tuzioni,* Vol. II, p. 1404; Crisafulli, *Lezioni,* 11/2, p. 305. O processo de declaração da inconstitucionalidade de normas não é um processo contraditório, deixando de ser argumento decisivo, contra a admissibilidade de fiscalização de inconstitucionalidade, a não definição da legitimidade processual passiva. O que se diz dos contratos deve aplicar-se às *portarias de regulamentação de trabalho.* Estas contêm também normas cuja constitucionalidade pode ser discutida perante os tribunais e o Tribunal Constitucional. Jorge Miranda, *Manual,* I, p. 347, restringe a possibilidade de controlo a estes últimos actos normativos (portarias de regulamentação do trabalho) e exclui os contratos colectivos de trabalho. Com esta restrição afasta, porém, o controlo da própria parte normativa das convenções colectivas — e só essa está aqui em causa — o que parece em desacordo com a «abertura» da fiscalização da constitucionalidade a quaisquer normas, independentemente do diploma em que estiverem contidos. Isto não é invalidade pelo facto de se tratar de normas criadas pela autonomia privada, pois as convenções colectivas transportam normas juridicamente vinculativas sendo esta vinculativi-dade reconhecida pelos poderes públicos (cfr., por último Ac. TC 172/93, que se nos afigura jurídico-constitucional e dogmaticamente pouco alicerçado). Neste sentido, cfr. Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional,* Lisboa, 1984, p. 60, nota 54; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI; *Constituição da República,* p. 985; Barros Moura, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito de Trabalho,* 1984, p. 125 ss. No plano jurisprudencial, cfr. Ac. TC 172/93, DR, II, 18.6.

j) *Assentos*

Os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são hoje inconstitucionais porque são verdadeira *legislado,* violando o princípio da tipicidade das leis (art. 115.75). O regime de controlo dos assentos não é muito claro. O Tribunal Constitucional tem recorrido à figura de «norma recomposta» — norma interpretativamente redifinida pelo assento — para legitimar a sua competência de fiscalização dos assentos (cfr. Ac TC 104/86, DR II, 4-8-86).

A legitimidade constitucional desta figura de actos judiciais normativos «paralegislativos» já era questionada, e com bons argumentos, em face do texto originário. Agora os arts. 115.75 e 122.7 *1-g* parecem contraditórios. O primeiro proíbe à lei criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos. Esta redacção parece impor a proibição de a lei autorizar os tribunais a conferirem força de *assentos* (força obrigatória geral) a sentenças judiciais que interpretem preceitos legislativos. O segundo dos artigos citados parece admitir que, além das decisões do Tribunal Constitucional, haja outras decisões judiciais a que a lei confira força obrigatória geral.
Poder-se-á argumentar que a contradição é aparente: o art. 122.° refere-se à publicidade dos actos normativos e apenas prevê a possibilidade de decisões dos tribunais com força obrigatória geral, caso em que será exigida a sua publicação no Diário da República. O art. 115.° é o artigo específico relativamente à questão da hierarquia e força normativa dos «actos jurídicos», não deixando o seu n.° 5 qualquer margem de liberdade de conformação legislativa para os órgãos legife-rantes «criarem» actos normativos, para além dos que estão expressamente previstos na lei constitucional. No sentido de que o art. 122.° não teve «intenção» de decidir do problema da validade constitucional dos assentos ou sequer uma indirecta homologação cfr, já em face do texto primitivo de 1976, as considerações de Castanheira Neves, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais,* Coimbra, 1983, pp. 408 ss, e, agora, em *Polis,* Vol. I. No plano jurisprudencial, a favor da natureza normativa dos assentos cfr. Ac TC 40/84, DR II, 7-7-84. Neste Acórdão aceitou-se também a possibilidade de apreciação da constitucionalidade dos assentos. Cfr. Ac STJ, 14-4-85, in *BMJ, n.°* 346, p. 203 ss, e Ac. TC 68/86, DR II, 7-6-86. Em sentido diferente cfr. Oliveira Ascensão, *Introdução ao Direito,* 6." ed., 1991, p. 142; J. Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* p. 342; Barbosa de Melo, *Sobre o problema da competência para assentar,* Coimbra, 1988. Por último, cfr. o nosso comentário ao Ac. TC 359/91 na RLJ, ano 124, p. 318, e, em posição divergente, o comentário de Antunes Varela na mesma *Revista.*
Consequentemente, a doutrina defensável será esta: (1) os assentos passam a ser inconstitucionais a partir da entrada em vigor da LC n.° 1/82, de 30 de Setembro; (2) os assentos proferidos antes da entrada em vigor da Lei de Revisão, poderão ser impugnados por via incidental ou por fiscalização abstracta, desde que se suscite a dúvida da sua conformidade material com a Constituição; (3) não obstante não ser líquida a constitucionalidade orgânica dos assentos, deve eliminar-se a possibilidade da invocação de vícios orgânicos, se eles tiverem sido editados no âmbito das competências fixadas por lei.
O preceito do art. 115.75 é de aplicação imediata, motivo pelo qual se devem considerar feridos de ilegitimidade constitucional superveniente o art. 768.° do CPC (Código de Processo Civil) e o art. 180.° do CPT (Código do Processo de Trabalho).

1) *Estatutos das associações públicas*

Com guarida constitucional inequívoca no actual texto da constituição (art. 267.71 e 3) as associações públicas têm poder normativo

autónomo (desde logo o de elaborar os próprios estatutos), estando os actos por elas produzidos no âmbito da sua autonomia e que revistam o carácter de normas sujeitos ao controlo da constitucionalidade[21].

4. Os actos administrativos e as decisões jurisdicionais 4.1. *Actos administrativos*

Das considerações antecedentes verifica-se a exclusão do controlo constitucional, ou melhor, de fiscalização judicial da constitucionalidade, de actos jurídico-públicos não reentrantes no conceito de acto normativo. Referimo-mos, sobretudo, à categoria dos *actos administrativos* e à categoria das *decisões jurisdicionais.* A não inclusão destes actos no leque dos candidatos positivos enquadráveis na categoria jurídico-constitucional de *norma* ou *acto normativo* não significa a impossibilidade de tais actos violarem directamente a Constituição. Pelo contrário, são frequentes os casos de inconstitucionali-dade provocados por actos individuais e concretos da administração e, embora menos vulgares, podem também ocorrer infracções de normas constitucionais produzidas directamente por actos jurisdicionais. No entanto, a teoria clássica da garantia da constituição preocupava-se apenas com os "atentados à Constituição emergentes de actos legislativos criadores de direito", mas parecia deixar em relativa tranquilidade, sob o ponto de vista de fiscalização da constitucionalidade, quer os "actos de aplicação" do direito praticados pelo "executivo" quer os actos de realização do direito praticados pelo "judiciário". As eventuais agressões à Constituição produzidas pelos actos administrativos ou eram remediadas através de instrumentos de controlo não jurisdicionais (tutela administrativa, controlo parlamentar, responsabilidade da administração) ou eram atacadas perante as jurisdições ordinárias ou administrativas de acordo com as regras processuais e a *doutrina dos vícios dos actos administrativos.* Esta relativa "tolerância" em relação a actos administrativos inconstitucionais radicava na ideia de os actos aplicativos do direito deixarem imperturbada a unidade da

[21] Excluem-se do controlo da constitucionalidade as normas de natureza privada (regulamentos de associações, regulamentos de empresa). Se infringirem a Constituição são actos ilícitos, susceptíveis, como tais, de impugnação judicial, mas não de controlo da constitucionalidade. Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* p. 252.

ordem jurídica em virtude de não transportarem qualquer conteúdo normativo. O acto administrativo afirmava-se como um "acto autore-ferente"[22] sujeito a um controlo judicial autónomo, diverso do controlo da constitucionalidade dos actos normativos. Esta doutrina permanece válida nas suas dimensões principais e encontra, como vimos, amplo apoio no critério da normatividade presente em muitas decisões do Tribunal Constitucional. Todavia, o radical divórcio entre "acto administrativo" e inconstitucionalidade não deixava nem deixa de suscitar algumas questões. Em primeiro lugar, eram pouco claras as relações entre uma lei inconstitucional e um acto administrativo aplicador da mesma, e, por conseguinte, ilegal. A lei inconstitucional, como iremos ver, é uma lei ferida de nulidade ou invalidade absoluta enquanto o acto administrativo ilegal aplicativo dessa lei pode ser meramente anulável (anulabilidade). Daí as relações de tensão entre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei com efeitos *ex tunc* (regime de nulidade) e o regime jurídico de actos administrativos feridos de mera invalidade relativa (anulabilidade), susceptíveis, inclusive, de se transformarem em actos contenciosamente inimpugnáveis. Em segundo lugar, e como já se assinalou a propósito dos direitos, liberdades e garantias, a aplicabilidade directa destes direitos fundamentais confere-lhes operatividade prática perante os órgãos da administração. A administração, através de actos administrativos, pode agredir os direitos fundamentais e restringir até o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias. Nestes casos justificar-se-ia a criação de uma *acção constitucional de defesa (Verfassungsbeschwerde, recurso de amparo, mandado de injunção, mandado de segurança)* para, de uma forma segura e célere, o particular reagir contra actos administrativos inconstitucionais lesivos do núcleo essencial de direitos, liberdades e garantia e direitos de natureza análoga. Entre nós, a lei (Cod. Proc. Adm., Art. 133.72/J) limita-se a estatuir a nulidade para os actos administrativos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental.

Em terceiro lugar, a não imediação entre "acto administrativo" e "constituição" criava (e cria) sérias dificuldades no caso de ordens ilegais conducentes à prática de actos administrativos gravemente lesivos de direitos fundamentais e conducentes, inclusivamente, à prática de um crime. A tensão entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 8/C) levou-nos a

[22] OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht,* 1896, p. 100, nota 7, falava de *"Selbstbezeugung des Verwaltungsakts".*

afirmar a tendencial prevalência da legalidade, com excepção das hipóteses de a obediência a ordens ilegais conduzir à prática de um crime (cfr. CRP, art. 271.72 e 3). No entanto, é legítimo perguntar se não se deverá dar mais um passo e reconhecer aos agentes administrativos o direito de acesso à Constituição e consequente rejeição da lei inconstitucional quando a inconstitucionalidade de uma norma a concretizar por um acto administrativo for rotunda[23] e conhecida (por ex., o Tribunal Constitucional já se pronunciou, sem reticências, num controlo concreto, sobre a sua inconstitucionalidade).
Finalmente, a pressão da força normativa superior das normas constitucionais conduzirá a uma revisão da dogmática dos vícios dos actos administrativos e respectivo regime no caso de actos administrativos inconstitucionais (ex.: possibilidade de anulação de actos administrativos inconstitucionais tornados inimpugnáveis, possibilidade de invocação de vícios de procedimento com base em violação de direitos fundamentais como, por ex., no caso de o vício de procedimento conduzir directamente à agressão de direitos fundamentais).

4.2. Decisões jurisdicionais

As decisões dos tribunais, na qualidade de actos públicos concre-tamente aplicativos do direito, podem também violar normas e princípios constitucionais — *decisões jurisdicionais inconstitucionais.* A semelhança, porém, do que acontecia com os actos administrativos, as sentenças e demais actos de carácter jurisdicional ofensivos da Constituição eram analisados sob o ponto de vista de "nulidades processuais", sendo praticamente irrelevante a sua inconstitucionalidade. Os juizes tinham acesso directo à constituição para desaplicarem as leis inconstitucionais, mas, paradoxalmente, as inconstitucionalidades cometidas por eles próprios não tinham autonomia. Contra esta "insensibilidade constitucional" delinearam-se as *acções constitucionais de defesa* possibilita-doras da reacção dos particulares contra a violação autónoma dos seus direitos fundamentais através de decisões dos tribunais. Problemática é a questão de saber se não será justificado o alargamento desta acção constitucional quando os tribunais não aplicam uma *norma constitucional específica* ou a aplicam de uma forma rotundamente inexacta (ex.: inter-

[21] No fundo, era esta a conhecida posição de Bachof, "Die Priifungs und Verwer-fungskompetenz der Verwaltung gegeniiber den Verfassungswidrigen und dem bun-desrechtswidrigen Gesetz", AõR, 87 (1962), p. 1.

pretação do princípio constitucional da publicidade das audiências dos tribunais — art. 209.° — no sentido da transmissão radiofónica e tele-visa sem quaisquer restrições, deixando a dignidade da pessoa humana).

5. Inconstitucionalidade e actos privados

O objecto de controlo da constitucionalidade são *normas jurí-dico-públicas.* Excluem-se, assim, da fiscalização judicial da Constituição os *actos normativos privados.* Esta solução inscreve-se na pers-pectiva tradicional baseada na autonomia da ordem jurídico-privada perante o ordenamento constitucional. Dito por outras palavras: as consequências jurídicas dos actos ou comportamentos inconstitucionais dos particulares não se reconduzem a problemas de inconstitucionalidade.

A Constituição, para além de definir o estatuto fundamental dos cidadãos através da consagração de direitos fundamentais, não deixa, porém, de estabelecer ligações com o direito privado. É o que acontece, desde logo, com a vinculação de entidades privadas pelos direitos liberdades e garantias (cfr. supra, Parte IV, Cap. 8, C, II). Nalguns casos as normas constitucionais estabelecem elas mesmo padrões de comportamento juridicamente vinculativos dos particulares. Assim, por ex., se houver criação de associações de natureza "militar" para-militar ou "fascista" (cfr. art. 46.74) os particulares praticam actos directamente inconstitucionais. Do mesmo modo, uma reunião com armas é um comportamento imediatamente violador da norma constitucional proibitiva de reuniões armadas (art. 45.°). O despedimento de um trabalhador sem justa causa ou por motivos ideológicos e políticos é um acto privado (no caso de empresas privadas) em colisão directa com a norma constitucional do art. 53.°. Um contrato entre um particular e uma empresa no qual se contém uma cláusula de celibato por parte do primeiro é um acto em contradição com o art. 3671 da lei fundamental. Estes exemplos, e muitos mais poderiam indicar-se, mostram já a imediação das normas constitucionais em relação a actos privados. O problema complica-se quando os actos privados se reconduzem a verdadeiras *normas* entendidas como padrões de conduta juridicamente vinculativos. É o que acontece com os regulamentos das associações, dos regulamentos de locais abertos ao público, dos regulamentos de empresa e dos estatutos de sociedades e fundações. Estes actos normativos privados poderão ser são inválidos por violação das normas constitucionais. Os meios de defesa e protecção não

são, porém, os instrumentos de controlo da constitucionalidade de normas jurídico-públicas mas os meios judiciais comuns de impugnação de actos ilícitos. Note-se, no entanto, que o parâmetro normativo imediato segundo o qual se deve aferir a licitude ou ilicitude é constituído, neste caso, pelas normas e princípios constitucionais e não por princípios vagos como os da ordem pública, bons costumes, boa fé, muitas vezes invocados na jusprivatistica como fundamento da nulidade ou anulabilidade de actos ilícitos privados.

Se a exclusão de normas privadas do sistema de fiscalização de constitucionalidade não merece objecções, já se levantam problemas em alguns casos de relevante interesse prático. Assim, o TC negou o controlo da constitucionalidade em relação a normas constantes do regulamento da Federação Portuguesa de Futebol, mas não é líquido se nesta hipótese as normas eram criadas por uma entidade pública ou por uma entidade privada (cfr. Ac. 472/89, sobre o problema da natureza jurídica das federações desportivas). Diferentemente, o regulamento de uma comissão arbitrai foi julgado como norma jurídico-pública porque os tribunais arbitrais exercem poderes públicos ou em delegações de poderes públicos (cfr. Ac. 150/86). Problemas surgem também quanto a regulamentos privados sujeitos a *aprovação ou homologação pública* (cfr. Ac. TC 156/88 relativo a um regulamento da CP — Caminhos de Ferro Portugueses). Finalmente, os desafios da regulática mencionados atrás (cfr. *supra* Cap. 14, B, I) têm aqui incidências não despiciendas. Existem hoje numerosas *normas e regulamentos técnicos* (normas de segurança de reactores nucleares, normas de segurança e controlo de qualidade de medicamentos) editadas por entidades públicas e privadas, sendo difícil decidir se estamos ou não perante normas de carácter jurídico-público. Nestes como noutros casos, constata-se a "quebra do monopólio de criação normativa", mas continua a ser obscura a articulação da criação de normas com efeitos jurídico-públicos com a atribuição de poderes ou funções públicas a entidades privadas.

E I *AS SANÇÕES DE CONTROLO*

Se o controlo da constitucionalidade dos actos normativos é um dos meios de defesa e garantia da força normativa da constituição, justifica-se que, para ele ser efectivo e eficaz, as violações das normas e princípios constitucionais captadas em sede de fiscalização judicial sejam acompanhadas de *sanções* adequadas. Trata-se, pois, de saber qual a reacção da constituição perante actos normativos comprovada-mente desconformes com as suas normas e princípios. O princípio da prevalência da constituição não deixa margem para dúvidas relativamente à *sanção geral* aplicável a um acto normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional — *inconstitucionalidade.* Mas

como se configura a inconstitucionalidade? Quais os vícios dos actos normativos susceptíveis de serem «denunciados» em sede de controlo jurisdicional e cuja verificação conduz à sanção da inconstitucionalidade?

I — A construção clássica da inconstitucionalidade

A teoria clássica da inconstitucionalidade foi elaborada, como se referiu já atrás, tendo em conta duas premissas fundamentais.

(1) *quanto ao parâmetro: inconstitucional* é toda a lei que viola os preceitos constitucionais; *ilegal* é todo o acto que contraria o «direito da lei» (isto é, o direito contido ou plasmado em actos legislativos);

(2) *quanto aos efeitos do controlo:* uma norma *inconstitucional é ipsojure* nula, ou seja, está ferida de *nulidade absoluta.*

A premissa (1) constituiu o objecto da discussão em torno do problema do parâmetro do controlo; a premissa (2), referente aos efeitos do controlo, será objecto das considerações subsequentes.

1. A inconstitucionalidade como figura unitária

A figura da inconstitucionalidade era considerada pela doutrina clássica como uma figura unitária, pois toda e qualquer lei denunciada como enfermando de *vícios* materiais, formais, orgânicos ou procedimentais, deveria considerar-se como *inconstitucional* e, consequente-mente, nula *ipsojure*[24].

Daí o silogismo tendencialmente tautológico desta doutrina:

(1) uma lei inconstitucional é nula;

(2) uma lei é nula porque é inconstitucional;

(3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade.

[24] Cfr., por último, C. Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkon-trolle,* Baden-Baden, 1977, pp. 11 ss; Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* Baden-Baden, 1980, p. 97 ss.; Bettermann, «Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle», in *Festschrift fur Eichenberger,* 1982, p. 598.

Os pressupostos de uma tal doutrina carecem de uma explicação mais desenvolvida.

a) *A ordem hierárquica das fontes de direito como meio de defesa e segurança da constituição*

Remontando aos postulados positivistas da *unidade da ordem jurídica* e da *ausência de contradições do ordenamento jurídico* e pressupondo, mais ou menos explicitamente, uma *teoria gradualista das fontes de direito,* a regra da nulidade *ipso jure* é uma dedução perfeitamente lógica: as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito porque, desde o início, violam a norma ou normas hierarquicamente superiores da constituição. Nesta perspectiva, a nulidade *ipso jure* das leis é, no fundo, uma concretização do princípio da hierarquia das normas *(lex superior derogat legi inferiori).*

b) *O fim político-constitucional*

A dedução da nulidade absoluta a partir apenas dos princípios teoréticos da unidade e da não contradição do ordenamento jurídico bem como do princípio da hierarquia das fontes de direito implicaria a focalização do problema em termos de mera *jurisprudência de conceitos* sem nos revelar o *fim político--constitucional* concreto que estava por detrás desta doutrina. Este fim podemos vislumbrá-lo na necessidade de *protecção da constituição,* ante a ultrapassagem, pelo legislador, dos limites formais e substanciais das normas constitucionais. Verdade seja dita, esta necessidade não era intensamente sentida no séc. XIX. As leis gerais e abstractas, emanadas do Parlamento, limitavam-se à definição de bases gerais dos regimes jurídicos e eram consideradas mais como um meio de defesa da Constituição do que como um instrumento potencialmente perigoso, propenso à violação dos preceitos constitucionais[25]. Aqui radica o facto de as inconstitucionalidades serem abordadas mais sob o ponto de vista da eventual perturbação que causavam nas relações entre os poderes (daí a acentuação doutrinal das inconstitucionalidades orgânicas e formais), do que sob o ponto de vista da conformidade intrínseca das leis com a constituição. Razões da mesma índole estão subjacentes à importância que assumiu o controlo dos regulamentos do monarca ou do executivo perante o domínio da *reserva de lei*[26].

Hoje, a crença da garantia da constituição *através* da legislação alterou--se. E alterou-se pela já assinalada convergência das leis *medida* com o fenómeno do progressivo reconhecimento de faculdades legislativas ao executivo. Politicamente considerada, a constituição pode vir a estar sujeita a uma relativa *insegurança* ante as oscilações das maiorias parlamentares e correspondentes governos, e até perante violações provocadas por actos legislativos de governos minoritários por não lhes corresponder uma efectiva maioria parlamentar. No seu conjunto, estas considerações justificariam a sanção drástica da nuli-

[25] Cfr. BÖCKENFÖRDE, cit., p. 34.

[26] Salientando expressamente esta ideia, cfr. GUSY, *Parlamentarische Gesetzge-ber und Bundesverfassungsgericht,* Berlin, 1985, p. 22. Cfr., também, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor jurídico,* cit., p. 116 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual,* II p. 365 ss.

dade *ipso jure:* leis inconstitucionais são leis intrinsecamente ineficazes e, portanto, nulas de pleno direito. A questão terá de analisar-se tendo em conta não apenas as deduções lógicas, mas também o sistema concreto do controlo de inconstitucionalidade. A isso dedicaremos os desenvolvimentos seguintes.

2. A teoria clássica das nulidades 2.1. *Na teoria civilística*

A figura unitária da inconstitucionalidade não constitui um ponto de partida satisfatório para uma abordagem da *teoria das nulidades* em direito constitucional. Uma lei inconstitucional é nula em que sentido: no sentido de *inexistência* ou de *nulidade!* No sentido da nulidade *absoluta, radical* ou de *pleno direito* ou no sentido de *anulabilidade* ou *nulidade relativa!* Estas interrogações obrigam-nos a umas sumárias considerações sobre o problema das nulidades em direito constitucional. Mas como a teoria das nulidades de direito privado influenciou neste, como noutros domínios, e a elaboração doutrinal juspublicís-tica, talvez não seja despiciendo indicar previamente os tipos de vícios assinalados pela doutrina de direito privado e as respectivas características[27].

a) *Ineficácia*

A figura da ineficácia (cfr. art. 122.°/2) abarca dois tipos fundamentais: a *nulidade* e a *anulabilidade. A* primeira costuma designar-se também por nulidade *absoluta, radical* ou de *pleno direito (ipso jure),* e a segunda é também chamada *nulidade relativa.* Resumidamente, considera-se um acto nulo, com nulidade absoluta, quando o acto é intrinsecamente inválido, faltando-lhe elementos essenciais para a sua perfeição. Daí as seguintes consequências: carência, *ab initio,* de efeitos jurídicos, sem necessidade de impugnação prévia; *invalidade imediata, ipso jure,* do acto; *carácter geral* da *invalidade* e impossibilidade da sua sanação ou confirmação. A nulidade absoluta implica, portanto, ineficácia do acto por si mesmo, sem necessidade de intervenção do juiz. Isto não significa que não seja de aceitar um pedido de *declaração de nulidade,* com a única finalidade de destruir a aparência do acto, aparência esta susceptível de originar resistência por parte de terceiros. Além disso, a nulidade absoluta tem, como dissemos, *carácter geral,* podendo qualquer pessoa invocá-la a seu favor e contra quem quer que seja *(erga omnes).* Finalmente, o juiz pode e deve, *ex ojficio,* por sua iniciativa, e em qualquer momento, apreciar a nulidade. Dizemos em qualquer momento, porque a nulidade absoluta

[27] Limitamo-nos a recordar os ensinamentos da civilística. Cfr. Rui DE ALAR-CÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis,* Coimbra, 1971, pp. 33 ss; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica,* Vol. II, pp. 411 ss. Retomando e desenvolvendo o esquema proposto no texto, cfr. Rui MEDEIROS, «Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional», in *O Direito,* III, 1989. p. 485 ss. Por último, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional,* p. 144 ss., 203 ss.

não está sujeita a prazos de prescrição ou de caducidade, não sendo também passível de confirmação.
Por seu turno, a *anulabilidade* não toca nos elementos intrínsecos do acto, tendo efeitos menos rigorosos e mais limitados: tem de ser invocada pelos interessados dentro de um certo prazo, não operando *ipsojure* nem tendo eficácia geral.

b) *Inexistência*

Não obstante a questionabilidade desta figura em sede de direito privado, um certo sector da doutrina admite a categoria da inexistência para reforçar a ideia de *impensabilidade, irrecognoscibilidade* e, portanto, da própria *ocorrência* do acto. A justificação do recurso a esta figura radica, algumas vezes, no facto de ser necessário considerar um acto a que faltam os elementos essenciais como um acto nulo, mas como não pode haver nulidade que não esteja pré-fixada na lei *(pas de nullité sans texte),* a figura da inexistência conduzirá às mesmas consequências sem ser exigível a sua previsão legal.

3. Na teoria administrativa

Salientou-se atrás (cfr. *supra)* que a fiscalização judicial da conformidade dos actos legislativos segundo a medida-parâmetro da constituição significava estender o princípio da legalidade aos órgãos legislativos no exercício da função legislativa[28]. Justifica-se, por isso, saber como concebia a doutrina administrativa a figura da ilicitude (= ilegalidade, ilegitimidade) dos actos administrativos que violassem normas jurídicas. Ora, neste aspecto, sempre se considerou existirem várias «modalidades de ilegalidade» dos actos administrativos[29] conducentes aos seguintes tipos de *sanções* (isto é, reacções da ordem jurídica).

a) *Nulidade*

Significa a invalidade de um acto administrativo a que faltam elementos essenciais quanto à competência, quanto à forma e quanto ao conteúdo. Embora com certas especificidades relativamente à nulidade do direito privado, o acto ferido de nulidade absoluta apresenta características semelhantes às deste ramo de direito: (i) a nulidade opera *ipsojure,* tendo as decisões jurisdicionais ou administrativas reconhecedoras da nulidade valor meramente declarativo; (ii) a nulidade pode ser invocada a todo o tempo e pode ser impugnada por qualquer sujeito, mesmo que não esteja directamente interessado na eliminação do acto; (iii) a nulidade é insusceptível de sanação ou convalidaçao.

[28] Cfr., por ex., V. Crisafulli, *Lezioni di Dirítto Costituzionale,* Vol. II, p. 34.

[29] Cfr., por último, Kirchhof, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung,* 1978. Entre nós, cfr. Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito,* p. 270 ss; Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo,* I, p. 318 ss; Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo,* p. 510 ss.

b) *Anulabilidade*
Existe quando o acto, reunindo os elementos indispensáveis para a sua existência jurídica, apresenta alguns vícios ou desvios relativos aos requisitos de legalidade (desvio de interesse público, falta de fundamentação). As consequências da anulabilidade são as seguintes: (i) não produz efeitos *ipso jure,* mas apenas quando seja feita valer por iniciativa dos sujeitos interessados; (ii) só pode ser invocada e impugnada pelos interessados dentro de certos limites temporais; (iii) carece de ser verificada por uma autoridade pública que declare ou pronuncie a anulação; (iiii) é susceptível de sanação, convalidação ou rectificação.
c) *Inexistência*
Objecto de intermináveis discussões, à semelhança do que acontece no direito privado, a inexistência de actos administrativos é aceite por parte da doutrina para salientar a existência de vícios que tornam o acto totalmente improdutivo ou inoperante (ex.: usurpação de funções).
A doutrina salienta, todavia, que a nulidade absoluta corresponde à inexistência do acto e que os actos considerados inexistentes (aqueles que nem sequer podem ser cognoscíveis como actos) não são actos inexistentes, são «não actos» *(Nichtakt)*[30].
d) *Ineficácia*
A ineficácia de um acto liga-se não aos requisitos de validade, mas aos requisitos necessários à idoneidade do acto para produzir efeitos jurídicos (ex.: falta de publicidade).

II — A inconstitucionalidade no direito constitucional vigente

1. Inconstitucionalidade e nulidade

Os ensinamentos da doutrina civilística e da doutrina administrativa podem ser transferidos para o direito constitucional e "testar-se" a *teoria da pluralidade de consequências ou resultados jurídicos* derivados da inconstitucionalidade de actos normativos. Os tópicos orientadores resumem-se da seguinte forma:

[30] Cfr., por ex., Erichsen / Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* Vol. I, p. 185. Entre nós, cfr., Rogério Soares, «Acto Administrativo», in *Polis,* Vol, I, p. 105. Sobre a reabilitação da figura da inexistência no recente direito francês cfr., por último, Le Mire, «Inexistance et voie de fait», in *RDPSP,* 1978, p. 1219.

(1) Inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos;
(2) A nulidade é um resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reacção de ordem jurídica contra a violação das normas constitucionais;
(3) A nulidade não é uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois, tal como na doutrina civilística a *ilicitude* de um acto pode conduzir à nulidade ou anulabili-dade, e na doutrina administrativa a *ilegalidade* é susceptível de ter como reacção desfavorável a nulidade ou anulabilidade, também a *inconstitucionalidade* é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico.

2. O problema em face da Constituição

O problema dos efeitos jurídicos da inconstitucionalidade não se reconduz a criações doutrinais ou jurisprudenciais. Os tribunais não têm competência constitucional (e legal) para recortar livremente os efeitos do vício jurídico dos actos normativos inconstitucionais. O regime jurídico dos efeitos de inconstitucionalidade tem de ser, pois, um regime jurídico constitucionalmente fundado.
A CRP parece, à primeira vista, ter partido de um *esquema dual* no que respeita aos *graus de invalidade* dos actos legislativos.
(a) Nulidade-inexistência
(b) Nulidade.
Com efeito, estabelece expressamente quais os requisitos de actos normativos cuja ausência origina o vício de *inexistência: promulgação, assinatura* (art. 140.°) e *referenda* (art. 143.72) (cfr. ainda arts. 175.72 e art. 19.°). Nada mais se diz quanto ao regime das nuli-dades dos actos normativos resultantes da inconstitucionalidade. A seguirmos a orientação tradicional diríamos que as restantes nuli-dades se reconduzem aos esquemas da *nulidade ipso jure.* A inconstitucionalidade de um acto normativo teria, como consequência necessária, a *nulidade absoluta,* porque o princípio fundamental da *não contradição da ordem jurídica* postula a validade exclusiva das normas hierarquicamente superiores, ou seja, das normas constitucionais. É esta a fundamentação clássica, enunciada, logo em 1803, pelo juiz Marshall, no célebre caso *Marbury* v. *Madison: «an act ofthe legisla-ture repugnant to the Constitution is void».*

Teríamos, por conseguinte, numa primeira tentativa de aproximação, o seguinte regime constitucional: (1) *inexistência* para os actos a que faltam certos requisitos, considerados essenciais pela Constituição; (2) *nulidade* quando a contradição não resultar da falta de um requisito da própria existência do acto.

Um outro ponto que merece atenção é o de saber se, além dos actos expressamente considerados como inexistentes, não haverá outros casos em que é legítimo falar de inexistência. Já vimos que a figura da inexistência tem possibilidades expansivas não reconhecidas à figura da nulidade, que deve ser pré-fixada por lei. Ora, parece não ser forçado admitirem-se, como *actos inexistentes, os* actos viciados de *incompetência absoluta ou* de *carência* de *competência legislativa* (ex.: um acto legislativo emanado de um tribunal, um decreto-lei de revisão da Constituição, uma lei votada por uma câmara já dissolvida).

Os exemplos que acabamos de apontar são exemplos clássicos, e, como facilmente se deduz, referem-se a vícios *formais* ou a vícios de *pressupostos.* Mas a questão deve ser transposta para o campo dos *direitos fundamentais,* não se limitando à parte organizatória da constituição. Assim, por ex., uma lei que elimine o direito à vida ou à integridade pessoal com justificação na declaração de estado-de-sítio, deverá considerar-se nula-existente (cfr. art. 19.°, n.° 6); uma lei que suprima o direito de constituir família é uma lei nula-inexistente. Também nestes casos o contraste com a constituição é de tal modo grave que a melhor sanção, em face da constituição, é considerá-los como actos impensáveis, irrecognoscíveis, inexistentes.

Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional,* cit., p. 395, discordava da aplicação da figura da inexistência jurídica no campo dos direitos fundamentais. Justificámos a nossa posição quando tratámos do problema do eventual poder de rejeição ou de controlo *(Verwerfung)* das autoridades administrativas no campo dos direitos fundamentais. Cfr. agora, Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor jurídico do acto inconstitucional,* cit., p. 156 ss, que faz uma revisão da sua anterior doutrina e entende existir «inexistência por vício de conteúdo» quando se verificar a «inidentificabilidade material de certo acto do poder político do Estado, ou seja a sua total desconformidade em relação à constituição material». Note-se que M. Rebelo de Sousa alarga a figura da inexistência a outros actos diferentes dos legislativos. Parece correcta esta posição, mesmo na sede em que nos situamos — a de controlo —, porque este controlo incide sobre actos normativos de várias espécies e não apenas sobre actos legislativos. Isso não significa, porém, a nossa concordância com algumas teses fundamentais do autor, desde logo o seu ponto de partida — o de constituição material. Por outro lado, não está demonstrado que a figura da inexistência se aplique com a mesma propriedade a todos os «actos constitucionais». Cfr., também, Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 378, que rejeita as hipóteses de inexistência jurídica por vício de conteúdo por considerar que a "inexistência desenha-se em face do acto jurídico público como expressão da vontade imputável ao Estado; não tem a ver com o seu conteúdo ou sentido".

O facto de os actos normativos se considerarem inexistentes não elimina a possibilidade de fiscalização nem torna sequer supérflua

esta fiscalização. As razões de certeza e segurança podem apontar a favor de uma declaração de inexistência (ex.: de uma lei a que falte promulgação)[31].

2.1. *O sentido da inexistência*

Este esquema dual coloca-nos, porém, perante algumas dificuldades. Em primeiro lugar, qual o sentido do termo *inexistência'?* Quereria o legislador constituinte considerar a falta de promulgação, referenda e assinatura de tal modo grave que nem sequer é admissível pensar o acto legislativo como acto existente? Ou o termo inexistência estará aqui utilizado no sentido da nulidade absoluta? A razão da utilização do termo inexistência prende-se, segundo cremos, com a doutrina historicamente dominante, segundo a qual alguns vícios da lei seriam de considerar decisivamente aniquiladores de tal acto como lei. O termo utilizado nestes casos é, precisamente, o de *nulidade-inexistência.*

Qual o sentido útil da sanção da *inexistência?* A resposta concilia duas ideias afloradas atrás quanto ao sentido da inexistência: (1) realçar a improdutividade total de certos actos normativos a que faltam certos requisitos; (2) considerar a inexistência como consequência jurídica da nulidade (o acto inexistente é ainda um acto e não um «não acto»). A constituição pretendeu equiparar *certas aparências de actos* (ex.: uma lei promulgada mas não aprovada sempre tem a aparência de lei; uma lei publicada no *Diário da República,* mas não promulgada, pode também ter a aparência de lei; uma lei promulgada e publicada mas não referendada apresenta-se, igualmente, com aparência de acto legislativo) a actos que nem sequer tenham *ocorrido ou existido.* Daí a designação de inexistência. Por outro lado, as consequências jurídicas ligadas a tal vício não se diferenciam sensivelmente das consequências que a doutrina associa ao regime das nulidades absolutas e daí a proclamação de tais actos como *nulos-inexistentes.*

Todavia, também se poderá autonomizar a categoria de inexistência relativamente à nulidade, considerando-se como suas principais características a improdutibilidade total de efeitos jurídicos, a insanabilidade, a totalidade, a inconvertibilidade, a inexecutoriedade pelo poder político, o reconhecimento do direito de resistência por parte dos cidadãos, a não necessidade de declaração jurisdicional, a não vinculação ao princípio do respeito dos casos julga-

[31] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI.

dos. Cfr. por todos, neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor jurídico do Acto Inconstitucional,* cit., 179.

2.2. *A* ***invalidude***

A reacção ou sanção típica da ordem constitucional portuguesa contra a inconstitucionalidade dos actos normativos é a sanção da *nulidade.* Um acto normativo que não preenche os requisitos materiais, formais, orgânicos e procedimentais estabelecidos pela Constituição é um acto *inválido,* totalmente improdutivo *(nulidade absoluta).* Neste sentido aponta claramente o art. 282.71 e 2[32].

2.3. ***A ineficácia***

A Constituição liga a certas irregularidades dos actos normativos uma sanção menos severa — a da *ineficácia.* Quando os actos normativos reúnem todos os requisitos exigidos para a sua perfeição (= vali-dade), faltando-lhes, porém, elementos necessários à eficácia (ex.: publicação) a sanção é a da ineficácia (cfr. *supra).*

2.4. ***Irregularidade***

Embora excepcionalmente, a CRP prevê casos de inconstitucionalidade que não afecta nem a validade nem a eficácia do acto normativo inconstitucional. É o que se passa com a inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados, desde que a inconstitucionalidade não resulte da violação de disposição fundamental (cfr. art. 277.72).[33]

III — O problema das «situações constitucionais imperfeitas»

A sanção da nulidade com as características atrás assinaladas (no direito civil e no direito administrativo) pode revelar-se uma san-

[32] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor jurídico,* cit., p. 233.

[33] Esta norma suscita, porém, graves dificuldades interpretativas. Cfr., por último, J. B. GOUVEIA, *O valor positivo do acto inconstitucional,* Lisboa, 1992; A. DE ARAÚJO, «Relações entre o direito internacional e o direito interno. Limitações dos efeitos do juizo de constitucionalidade. A norma do art. 277.°/2 da CRP", in *Estudos sobre a jurisprudência,* cit., p. 9 ss.

ção pouco adequada para certas situações que, embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional, exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta. Isto conduziu a doutrina e a jurisprudência a construções mais complexas e matizadas relativamente às sanções aplicáveis a actos normativos desconformes com a Constituição.[34]

1. Declaração de inconstitucionalidade sem as consequências da nulidade

À inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta. É possível, por exemplo, fixar a inconstitucionalidade mas com efeitos prospectivos ou *pro futuro* e não com efeitos retroactivos (como na nulidade absoluta) Cfr. *infra.* Cap. 29/C

2. Situação ainda constitucional mas a tender para a inconstitucionalidade

Trata-se de situações consideradas ainda como constitucionais, mas que, na falta de medidas apropriadas, podem resvalar para situações manifestamente inconstitucionais. E uma figura de duvidosa aceitação no direito constitucional português, mas com algum sentido útil sobretudo nos casos de omissão legislativa (cfr. *infra,* Cap. 29/F).

3. Interpretação conforme a Constituição

No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 3/E/I). A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juizo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição.

[34] Em geral sobre o problema da "pluralidade de consequências, resultados ou efeitos jurídicos da inconstitucionalidade" cfr. K. SCHLAICH, *Das Bundesverfassungs-gerícht,2*ed.,* 1991, p. 236.

4. Nulidade parcial

Quando a desconformidade de um acto normativo com a constituição não for total, mas meramente parcial, a inconstitucionalidade e consequente sanção da nulidade deve também ser parcial, evitando-se a completa destruição do acto sujeito a fiscalização (cfr. *infra,* Cap. 29/C).

Todos estes exemplos do tipo de desconformidade constitucional não reconduzíveis à bipartição radical entre actos normativos constitucionais válidos e actos normativos nulos (entre constitucionalidade e inconstitucionalidade não há meio termo) demonstram que as exigências da vida obrigam a soluções conciliadoras das dimensões de constitucionalidade com as necessidades da segurança do direito. Resta saber se elas podem ser transferidas em toda a sua extensão para o direito português (cfr. *infra,* Cap. 29).

IV — Os vícios geradores de inconstitucionalidade

1. Vícios formais, materiais e procedimentais

A desconformidade dos actos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade. A doutrina costuma distinguir entre *vícios formais, vícios materiais* e *vícios procedimentais*[35]*:*

(1) *vícios formais:* incidem sobre o *acto normativo enquanto tal,* independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese de *inconstitucionalidade formal,* viciado é o *acto,* nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final[36];

(2) *vícios materiais:* respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas ou princípios da constituição; no caso de

[35] Por vezes alude-se também a *inconstitucionalidades orgânicas* para exprimir a ideia de algumas inconstitucionalidades traduzirem um desvio de competências exteriorizado por um desvio de formar. Antes do vício de forma havia já um vício quanto ao órgão competente.

[36] Cfr. MODUGNO, *Uinvalidità delia Legge,* cit., Vol. II, p. 267; CRISAFULLI, *Lezioni,Vol.\I,2.p.* 122.

inconstitucionalidade material, substancial ou doutrinária[37] (como também se lhe chamou entre nós), viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas. (3) *Vícios de procedimento:* autonomizados pela doutrina mais recente (mas englobados nos vícios formais pela doutrina clássica), são os que dizem respeito ao procedimento de formação, juridicamente regulado, dos actos normativos. Os vícios formais são, consequentemente, *vícios do acto;* os vícios materiais são *vícios das disposições* ou das normas constantes do acto; os *vícios de procedimento* são vícios relativos ao complexo de actos necessários para a produção final do acto normativo. Daqui se conclui que, havendo um vício formal, em regra fica afectado o texto na sua integralidade, pois o acto é considerado formalmente como uma unidade; nas hipóteses de vícios materiais, só se consideram viciadas as normas, podendo continuar válidas as restantes normas constantes do acto que não se considerem afectadas de irregularidade constitucional.

Isto em via de princípio. Ao tratarmos da *nulidade parcial* da lei, veri-ficar-se-á que a irregularidade substancial de uma ou várias disposições implica a anulação da lei *in totó.* São ainda hipotizáveis casos de vícios formais que eventualmente não acarretem a eliminação integral do acto legislativo. Imagine-se, por ex., um decreto-lei, regulador de várias matérias, algumas das quais constituindo reserva de lei da Assembleia da República. Um tal vício é um vício de incompetência e a invalidade do acto derivará da sua inidonei-dade para regulamentar certas matérias. Neste caso, poderá discutir-se, independentemente da questão de se saber se a incompetência é um vício material ou formal, se a nulidade não deverá incidir apenas sobre a parte do texto que con-templa matérias da competência da assembleia representativa. Só a parte que reveste a forma de decreto-lei em vez de lei formal, mas que deveria necessariamente revestir esta última forma, se deverá considerar viciada. Ressalva-se, é claro, a hipótese de a supressão de uma parte da lei poder acarretar a invalidade de todo o dispositivo legal.

2. O excesso de poder legislativo como vício substancial da lei

38

A figura do excesso do poder legislativo surgiu várias vezes na exposição referente às estruturas normativas. Volta agora a aparecer-nos ao tratarmos do problema dos vícios materiais da lei. Recordemos alguns con-

[37] Cfr. Carlos Moreira, «Fiscalização Judicial da Constituição», in *BFDC,* 1943, pp. 3 ss e 355 ss.

[38] Cfr. Modugno, *finvalidità,* cit., Vol. 11, p. 323; Crisafulli, *Lezioni,* cit, p. 126; Lavagna, *htituzioni,* cit., p. 1013. Para outros desenvolvimentos cfr. o nosso

textos em que topamos com esta figura: (i) quando tratámos do problema da estrutura da lei e d;i> novas exigências de protecção contra a «administrativiza-ção» dos actos legislativos; (ii) quando versámos o problema das leis delegadas e as questões levantadas pela não conformidade das leis delegadas com as leis de delegação; (iii) de um modo geral, nos casos de ilegalidade por violação de leis reforçadas com valor paramétrico (cfr. Ac. TC 102/87, DR I, 8-4-87).

No entanto, quando agora se fala em *excesso* de poder legislativo como vício da lei não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos. Com isto tenta-se transferir para os domínios da actividade legislativa a figura do desvio do poder dos actos administrativos. Aqui considera-se que os poderes administrativos não são poderes abstractos, utilizáveis para qualquer finalidade, mas sim poderes funcionais, conferidos pela lei em vista de um fim específico. Sempre que a norma atribui a uma autoridade ou órgão de administração um poder com vista a determinado fim (condicionante do exercício da sua competência) e essa autoridade ou órgão prossegue fins distintos dos fixados pela norma, a decisão ou deliberação (acto administrativo) que adopte deve considerar-se viciada de nulidade.

Todavia, no que respeita ao acto legislativo, considerava-se que ele era um acto livre no fim. A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei[39].

Contra uma concepção tão absoluta de lei como *acto livre no fim,* movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos *teleo-logicamente* relevantes nos actos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos *fins* estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a *lei* é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser *contraditória, irra-zoável, incongruente* consigo mesma.

Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da constituição; no

livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* pp. 257 ss. Na doutrina espanhola, cfr. J. Rodriguez-Zapata y Perez, «Desviación de Poder y Discricionali-dad dei legislador», in *RAP,* n.° 100-102 (1983), pp. 1527 ss. Cfr. ainda Lener, «L'ecesso di potere dei legislatore e i giudici», in *Foro It.,* I, 1981, p. 3003 ss; «L'ecesso di potere legislativo e Ia Corte Costituzionale oggi», *Foro It.,* I, 1982, p. 2693; A. Pizzorusso, «II controllo delia Corte Costituzionale sulFuso delia dis-crizionalitá legislativa», in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1986, p. 798 ss; A. Bockel «Le pouvoir discrétionnaire du legislateur», in Conac / Maisl / Vaudiaux (org.), *Itiné-raires. Etudes en Vhonneur de Leo Hamon,* Paris, 1982, p. 43 ss.

[39] Cfr. L. Paladin, «Legittimitá e mérito delle leggi nel processo costituzionale», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1969, p. 312 ss; «Osservazioni sulla discrizio-nalitá e sull'ecesso di potere dei legislatore ordinário», *RTDP,* 1956, p. 1026.

segundo caso, o fim *imanente* à legislação imporia os limites materiais da *não contraditoriedade, razoabilidade* e *congruência.*
Consideremos estes dois exemplos
Uma lei reguladora do *estado de emergência* (cfr. arts. 19.° e 167. *°ld)* está vinculada ao fim constitucional, justificador da admissibilidade do estado de emergência: *restabelecimento da normalidade constitucional.* Assim, se a lei que disciplina o *estado de emergência* visa não só conferir às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao restabelecimento da normalidade constitucional mas alterar o sistema constitucional de repartição de poderes (reforçar, por ex., os poderes do Presidente da República), essa lei é inconstitucional: o fim indicado pela constituição é não a *alteração de competências* mas sim o *restabelecimento de normalidade constitucional.*
Uma lei reguladora das relações de trabalho — é este o segundo exemplo — considera-se a si própria, através do relatório preambular de justificação dos motivos, uma lei tendente a restringir despedimentos arbitrários e sem justa causa. Todavia, a doutrina constante do articulado é manifestamente incongruente com os motivos alegados para a sua elaboração: não restringe os casos de despedimentos sem justa causa. A lei estaria em contradição com os seus próprios fins.
A doutrina tem mostrado reticências quanto à transferência pura e simples dos vícios dos actos administrativos para os domínios da legislação. É certo que muitas vezes é a própria Constituição que subordina a lei a fins especiais (ex. de acordo com o art. 88.° a disciplina de actividade económica e investimentos deverá ter em vista o desenvolvimento do país, a independência nacional e os interesses dos trabalhadores). Parece-nos que estes casos, se pressupõem e exigem uma maior atenção em relação às particulares condições e pressupostos a que as normas constitucionais subordinam a validade da lei, não conduzem necessariamente à figura do desvio do poder; há, sim, *inconstitu-cionalidade material* por violação dos fins constitucionalmente prescritos. O objecto da norma da lei, teleologicamente considerado, permite concluir pelo contraste da lei com a norma hierarquicamente superior da constituição.
Uma consideração especial merecerão as *leis medida.* O problema do excesso do poder legislativo põe-se com grande acuidade neste tipo de actos legislativos. Sendo as leis simultaneamente disciplina e acto, normação e execução, bem pode acontecer que os *poderes legislativos* sejam expressamente utilizados para furtar o acto ao controlo contencioso normal e para tratar desigualmente situações materialmente iguais (princípio da igualdade)[40]. Aqui poderá ser desejável uma maior acentuação do controlo do elemento *fim,* sem que, de qualquer modo, o juízo do órgão encarregado do controlo da constitu-cionalidade possa ultrapassar os limites da legalidade constitucional para se embrenhar no campo do *mérito* do acto legislativo.
[40] Hoje, em face da nova redacção do art. 268.°/4 da CRP, esta hipótese de fuga ao controlo contencioso é mais difícil, já que estão sujeitos a recurso contencioso todos os actos administrativos, independentemente *da sua forma* e, portanto, também os actos constantes de actos legislativos.

Quanto aos casos de *irrazoabilidade* e de *contraditoriedade* intrínseca da lei, corre-se o risco de transformar o juízo da constitucionalidade em juízo de mérito da lei. Ao órgão fiscalizador da inconstitucionalidade está vedado valorar se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos[41]. Cfr. porém, *supra.*

As questões mais difíceis relacionadas com o controlo da constitucionalidade — desde logo, porque colocam o problema dos limites funcionais da jurisdição constitucional (cfr. *infra,* Cap. 30, C) — dizem respeito a estes «vícios de mérito» e não aos clássicos vícios materiais e formais. As questões básicas são duas:

(1) A fundamentação da decisão pode assentar em *vícios produzidos no âmbito da liberdade de conformação do legislador ou* no *exercício do poder discricionário dos órgãos legiferantesl*

(2) A fundamentação da decisão pode basear-se em vícios que afectam a *vontade do legislador* como o *erro, dolo* ou *coacção?*

As respostas, em forma abreviada, podem sintetizar-se da seguinte forma:

(a) é admissível a fundamentação de uma decisão de inconstitucionalidade com base em *excesso de poder legislativo ou* com fundamento em *contraditoriedade* e *irrazoabilidade;*

(b) é admissível a fundamentação de uma decisão de inconstitucionalidade com base no *princípio da proporcionalidade,* o que acaba, em geral, num juízo sobre a adequação e inadequação de meios e fins (cfr. art. 18.72). Cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 1, B/IV;

(c) é admissível a fundamentação de uma decisão de inconstitucionalidade com base no *princípio da proibição do excesso,* na forma mais extrema de *proibição do arbítrio* (art. 18.72);

(d) é questionável a fundamentação de uma decisão de inconstitucionalidade com base em *vício de vontade* (erro, dolo ou

[41] Cfr. MODUGNO, *L'invalidità,* cit., p. 135. Sobre a cláusula de razoabilidade cfr. por último C. AZZARITI, «Premessa per uno studio sul potere discrizionale», in *Scritti in onore de Massimo Severo Giannini,* vol. III, Milano, 1988; P. VIRGA «Ecesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento», in *Scritti Giannini,* vol. I, p. 585; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale,* Bologna, 1988, p. 137.

coacção), dado o carácter institucional e colectivo dos órgãos legiferantes.
Esta última hipótese, embora pareça meramente teórica, já surgiu na prática constitucional italiana (Sentença de 7 de Março de 1964) quando se pediu ao Tribunal Constitucional a declaração da nulidade de uma lei com fundamento em «violência» (depois da votação da mesma, um grupo de deputados declarou votar contra a sua consciência e unicamente obrigado pela disciplina de partido). Para outros desenvolvimentos sobre os *vícios de discricionarie-dade legislativa* cfr. o nosso trabalho *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador,* pp. 257 ss.

3. Pressupostos da lei[42] e inconstitucionalidade

A doutrina tradicional considera que os vícios formais da lei incidem sobre o *procedimento* constitucionalmente estabelecido para a formação das leis e sobre o *acto-lei,* como momento terminal desse processo.
Hoje, põe-se seriamente em dúvida se certos elementos tradicionalmente não reentrantes no processo legislativo não poderão ocasionar vícios de inconstitucionalidade. Estamos a referir-nos aos chamados *pressupostos,* constitucionalmente considerados como elementos determinativos de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias (pressupostos objectivos).
Atentemos nestes exemplos extraídos da nossa Constituição.
O art. 54.°/5/*i*/ considera como direito das comissões de trabalhadores «participar na legislação do trabalho e dos planos económicos-sociais que contemplem o respectivo sector». O mesmo direito é reconhecido às associações sindicais no art. *56.°/2/a.* Se uma lei, decreto-lei ou qualquer acto legislativo, estabelecer a disciplina normativa das relações de trabalho sem a participação das comissões de trabalhadores ou das associações sindicais estaremos perante uma hipótese de falta de um elemento integrativo da competência dos órgãos legislativos quanto à legislação do trabalho e que não se pode considerar pro-priamente como fazendo parte do procedimento legislativo. No entanto, à semelhança do que acontece com os pressupostos de facto do acto administrativo, a participação dos trabalhadores através das suas comissões ou associações é um *elemento vinculado* do acto legislativo, decisivamente condicionante da competência dos órgãos legislativos quanto a matérias respeitantes aos *direitos dos trabalhadores.* A participação é aqui um *pressuposto objectivo do acto,* cuja falta origina a inconstitucionalidade da lei.
O art. 231.°/2 determina a audiência obrigatória, pelos órgãos de soberania, dos órgãos do governo regional quanto a questões relativas às regiões autónomas. Assim, se uma lei da República definir a política fiscal das regiões

[42] Para outras precisões do conceito de discricionariedade e de vícios de dis-cricionariedade cfr. o nosso livro *Constituição Dirigente,* pp. 257 ss. Cfr. também, Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico,* cit., p. 115 que define pressupostos (de acto do poder político) como sendo os «dados subjectivos ou objectivos que devem encontrar-se previamente preenchidos para que haja acto e acto válido».

autónomas sem ouvir os respectivos órgãos de governo, faltará um pressuposto do exercício de competência em relação a matérias respeitantes às regiões autónomas e essa falta determinará a irregularidade do acto legislativo.
Nestes casos e noutros semelhantes a audiência e participação obrigatórias são elementos externos ao procedimento de formação das leis, mas condicionam o exercício da competência da Assembleia da República ou do Governo em matérias respeitantes aos direitos dos trabalhadores ou às regiões autónomas[43]. A sua falta afecta a constitucionalidade do acto, sendo apenas problemático se a Ínconstitucionalidade pode ser invocada autonomizando exclusivamente estes pressupostos. A nós parece-nos que sim, tanto mais que no juízo de Ínconstitucionalidade o juiz ou o Tribunal Constitucional não poderão deixar de conhecer dos *pressupostos como elementos vinculados do acto legislativo* (cfr., porém, *infra).*
Contra esta solução não pode valer o facto de a Constituição não ter estabelecido a forma concreta de participação de terceiros. Ao Tribunal Constitucional caberá sempre determinar o limite mínimo essencial, aquém do qual não se pode dizer ter havido participação ou audição. Nem se pode argumentar com o facto de num dos casos se tratar de entidades sem *estatuto jurídico público.* A Constituição, sem atribuir aos sindicatos e às comissões de trabalhadores estatuto público, atribui-lhes, contudo, funções públicas de carácter político.
Relativamente ao problema da participação das organizações de trabalhadores na legislação de trabalho três pontos mereceram, porém, discussão, sem que até ao momento se chegasse a conclusões inteiramente líquidas: (1) qual o grau e forma de intensidade de participação exigida; (2) o que se deve entender por legislação do trabalho; (3) se a participação na legislação de trabalho é um dos direitos fundamentais dos trabalhadores análogo aos direitos, liberdades e garantias. Cfr. logo Parecer n.° 18/78 da Comissão Constitucional, in *Pareceres,* Vol. 6.°, pp. 3 ss, e respectivos votos de vencido, pp. 34 ss.
A resposta ao último problema parece ser líquida em face do texto da LC n.° 1/82 ao incluir nos *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores,* a participação na elaboração da legislação de trabalho (arts. 54.75/rf e 56.72/a) e o direito à contratação colectiva (art. 57.73). Fundamental, a este respeito, no plano jurisprudencial, deve mencionar-se o Acórdão n.° 31/84 do Tribunal Constitucional. Posteriormente cfr. Acs. TC 22/86, 64/91 e 92/92. Uma boa resenha da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o carácter jurídico-constitucional do direito de participação ver-se-á em NADIR PALMA BICO «O Direito de Participação das Comissões de Trabalhadores e das Associações Sindicais na Legislação do Trabalho», in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional,* p. 197 ss.
[43] Note-se que o carácter externo da audiência e da participação relativamente ao procedimento legislativo não é hoje pacífico. Se por procedimento se entender todo o complexo de actos necessários à produção do acto legislativo e não apenas o procedimento formal das entidades, então a audiência e participação farão parte do procedimento e a sua inexistência deve qualificar-se como vício de procedimento.

CAPITULO 28

PADRÃO VII — ESTRUTURAS DE PROCEDIMENTO E DE PROCESSO 1.° — SENTIDO DO PROCESSO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Sumário

Indicações bibliográficas

Canas, V. — *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*
Benda/Klein, *Handbuch des Verfassungspwzessrecht,* Heidelberg, 1991.
Lerche / Schmitt Glaeser / Schmidt Assmann — *Verfahren ais Staats-und Verwaltungs-rechtliche Kategorie,* Heidelberg, 1984.
Sandulli, A. —*11 procedimento amministrativo,* (reimpressão), Milano, 1964. Sendra, Gimeno V. — *Constitución y Processo,* Madrid, 1988.
Zaorebelsky, F. — *Processo Costituzionale, Ene. Dir.,* XXXVI, Milano, 1987.

PROCEDIMENTO E PROCESSO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Interesse teorético-jurídico, teorético-político e juridico-cons-titucional

A inclusão de um capítulo autónomo referente às estruturas de procedimento e de processo em direito constitucional corresponde à progressiva *pmcedimentalização* e *processualização* de todas as actividades de direito público num Estado de direito democrático. A relevância que a moderna doutrina juspublicística atribui às estruturas de procedimento e de processo justifica se em termos teóricos e práticos: (1) só assegurando aos cidadãos um *status activus processualis* se conseguem garantias efectivas de realização e protecção dos direitos fundamentais (HÀBERLE); (2) o procedimento é a «forma de uma função», o «modo geral de desenvolvimento de poderes públicos» (BENVENUTI, GIANNINI); (3) o procedimento capta, com rigor, a concretização das normas constitucionais (no procedimento legislativo, no procedimento administrativo e no processo jurisdicional), pois nele se conjugam, sob uma perspectiva dinâmica, os momentos formais e materiais de realização do programa normativo (GALEOTTI); (4) a compreensão das decisões constitucionais como decisões justas (sejam elas decisões tomadas no exercício da função legislativa, da função administrativa ou da função jurisdicional) quanto ao «modo de decidir» e quanto ao «produto final», implica a ideia de vinculação constitucional de todas as actividades concretizadoras da Constituição nos vários momentos de desenvolvimento e não apenas no acto definitivo e final; (5) a previsão de procedimentos constitucionais *a priori* tendentes a evitar a tomada de decisões inconstitucionais, ilegais ou injustas, cumpre uma exigência fundamental do princípio do Estado de direito: a ideia de garantia através de um «procedimento devido» ou «ajustado»; (6) a colaboração activa dos cidadãos em alguns procedimentos (ex.: das associações sindicais na elaboração da legislação de trabalho), é *um factor de democratização,* não só porque assegura um «pedaço de participação» dos cidadãos nas tarefas constitucionais, mas também porque, através da *adesão e* do *consenso* dos interessados, se evitam formas autoritárias de poder. Se quiséssemos resumir estas ideias, dir-se-ia que o estudo das estruturas de procedimento e de processo constitucionais corresponde ao interesse destas estruturas como categorias jurídicas gerais (plano teorético-jurídico), como elementos de legitimação (plano teorético-político) e como dimensões necessárias do princípio do Estado de direito e do princípio democrático (plano jurídico-constitucional).

2. A teoria constitucional do procedimento
A ideia de procedimento no direito constitucional não é um fenómeno novo. A «legitimação segundo o procedimento» (LUHMANN) há muito que era um princípio básico do exercício dos poderes públicos, destacando-se, pela sua importância, o *procedimento legislativo,* isto é, o conjunto de regras jurídicas (constitucional e regi-mentalmente definidas) disciplinadoras da actividade legiferante. Do mesmo modo, a função jurisdicional (seja a dos clássicos tribunais ordinários, seja a dos tribunais administrativos, seja ainda a mais moderna dos tribunais constitucionais) esteve sempre vinculada a formas de tramitação e decisão aglutinadas sob a designação genérica de *processo jurisdicional.* Hoje, a procedimentalização é ideia corrente relativamente à função administrativa, devendo a actividade administrativa estar sujeita a um procedimento que, sem aniquilar a eficiência da actividade administrativa, garanta a protecção jurídica dos administrados (procedimento administrativo). O que há, porém, de especificamente novo, na moderna teoria do procedimento, é a acentuação da imprescindibilidade no direito constitucional e na teoria da Constituição de uma adequada dimensão procedimental. Em primeiro lugar, porque a dinamização de um programa normativo-constitucional — a sua «entrada no tempo» — implica a transformação da lei constitucional em *law in public action,* isto é, o processo de realização das normas constitucionais aponta para a necessidade de se «trazer para a rua» (HÀBERLE) a própria constituição. Um instrumento considerado adequado para a conversão da constituição (considerada, tradicionalmente, de uma forma estática, como uma ordem jurídica fundamental do Estado) em ordem dinâmica de uma comunidade é o procedimento. Em segundo lugar, a democratização do exercício do poder através da *participação* pressupõe que esta participação se traduza, mediante a sua canalização através de «procedimentos justos», numa influência qualitativa no resultado das decisões. Daqui deriva, em terceiro lugar, que a participação através do procedimento, além de ser um *meio de comunicação* ascendente e descendente entre governantes e cidadãos, é, igualmente, uma *compensação* e uma *garantia* dos particulares e das comunidades (locais, regionais, grupais) perante as tarefas crescentes de conformação política e económica levadas a efeito por uma burocracia e tecnocracia estaduais sem qualquer transparência democrática (exs.: pia" nificações urbanísticas e rodoviárias, política de meio ambiente).

Diferentemente da doutrina portuguesa a doutrina brasileira tem-se mostrado mais atenta aos problemas processuais e procedimentais. Cfr. OLIVEIRA BARACHO, *Processo Constitucional,* Rio de Janeiro, 1984; ROBERTO ROSAS, *Direito Processual Constitucional,* S. Paulo, 1983; e, sobretudo, OLIVEIRA BARACHO, «Processo e Constituição: o Devido Processo Legal», in *R.br DP,* 1983, pp. 55 ss; R. LAURIA TUCCI/J. R. CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e Processo,* S. Paulo, 1989.
Algumas das dimensões de uma teoria do procedimento dentro da Constituição e do direito constitucional têm sido salientadas pela constitucio-nalística mais moderna. Particularmente relevantes afiguram-se-nos as contribuições de: P. HÂBERLE, *Verfassung ais õffentlicher Prozess,* Berlin, 1978, pp. 59 ss, a quem se deve o desenvolvimento da ideia de um *status activus processualis,* indispensável para a concretização e realização dos direitos fundamentais, bem como a demonstração do papel decisivo do procedimento, como categoria geral da teoria da constituição, na dinamização do direito constitucional; D. SUHR, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen,* Berlin, 1976, e *Bewusstseinverfassung und Gesellschaftsverfassung,* Berlin, 1978, pp. 354 ss, que põe em relevo a importância do procedimento na realização comunicativa dos direitos fundamentais no plano horizontal dos cidadãos (entre os homens e não apenas perante o Estado); N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren,* Neuwied e Berlin, 1969, pp. 29 ss., que, embora vinculado aos pressupostos da sua teoria sistémica, salientou com vigor ser a existência de um procedimento juridicamente regulado o mais importante elemento de legitimação do poder.
Convém recordar que a insuficiência dogmática de uma teoria do procedimento no âmbito do direito constitucional há muito que foi assinalada pela doutrina. Assim, por ex., SANDULLI, referia-se, já em 1940, à estreiteza científica dos constitucionalistas que se limitavam a estudar o procedimento nos seus modos de desenvolvimento, tal como o encontram precisamente disciplinado pelo ordenamento jurídico, não fazendo qualquer esforço para se elevarem às alturas de um instituto dogmaticamente iluminado. Cfr. SANDULLI, *II procedimento amministrativo,* Milano, 1940, p. 18 (reimp., Milano, 1959). Por último, vejam-se as considerações de R. STETTNER, *Grundfragen einer Kompetenzlehre,* Berlin, 1983, pp. 170 ss, que chama a atenção para o facto de ainda hoje os manuais e obras de consulta de direito constitucional continuarem a silenciar a palavra «procedimento», e de E. SCHMIDT-ASSMANN, «Der Verfahrensgedanke des 'õffentlichen Rechts', in LERCHE/SCHMITT-GLAESER / SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren ais Staats-und Verwaltungsrechtliche Kate-gorie,* Heidelberg, 1984. Cfr., também, A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto Costituzionale,* 4." ed., 1984, p. 322 ss. Entre nós, cfr., por último, VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação,* p. 313 ss.

3. O direito de procedimento como direito constitucional

Antes de avançar no estudo de procedimento constitucional convém, por uma questão de rigor, articular as *normas de procedimento* com as *normas de competência* e precisar a qualificação do direito de procedimento como direito constitucional material (e, em parte, também formal).

Entre competências e procedimento existe, como vai verificar-se em seguida, uma estreita conexão, dado que a competência se concretiza através do procedimento e, este, por sua vez, é um fruto do exercício da competência (STETTNER). Para se tornar mais clara a inderdependência dos dois institutos tenham-se em consideração as seguintes distinções: (a) *normas de coacção* e *normas de produção e execução;* (b) *direito de organização e direito de procedimento em sentido estrito;* (c) *direito constitucional material e direito de procedimento.*
As «normas de coacção» (as chamadas *normas primárias — primary mies —* na terminologia de HART) são as normas que determinam certos comportamentos e individualizam ou definem as sanções para o seu não cumprimento; as normas de produção e execução *(normas secundárias — secondary rides —* na terminologia de HART) são normas que autorizam o exercício de uma certa competência de normação e execução e prescrevem as respectivas formas de exercício. Como se deduz desta definição, as chamadas normas de produção e execução contêm duas regulamentações distintas: (1) *direito de organização,* fundamentalmente definidor das competências de produção e execução de normas *(quem* cria ou produz e executa normas); (2) *direito de procedimento em sentido restrito* que define a forma de desenvolvimento da actividade de produção e execução no âmbito da respectiva competência (como se criam, produzem e executam normas).
No âmbito do *direito constitucional* enquadram-se: (a) os preceitos definidores dos órgãos e das competências para a produção normativa (mas não já, em princípio, os preceitos relativos à competência de execução); (b) os preceitos referentes ao modo (procedimento) dessa produção (mas não já, em princípio, as normas respeitantes ao procedimento de execução). O direito de procedimento é, assim, *direito constitucional material* quando regula a forma e desenvolvimento da actividade de produção normativa. O direito de procedimento é também, em alguns aspectos, *direito constitucional formal* (caso, por ex., do procedimento legislativo regulado nos arts. 170.° ss da CRP).

4. Procedimento e processo constitucional

Fala-se hoje numa tendencial desvalorização da distinção entre procedimento e processo em virtude de o *procedimento formalizado* se ter transformado no modo geral de desenvolvimento das actividades públicas. Para alguns autores, a diferença seria até meramente qualitativa: o procedimento tem «menor solenidade na sequência dos actos», mas, tal como o *processo* é a forma da função jurisdicional, o *procedimento* é a forma da função legislativa e administrativa (GIANNINI). Salienta-se também a existência de uma importante *conexão material* entre procedimento e processo: (1) ambos estão, em larga medida, vinculados a princípios constitucionais semelhantes (princípio da oficialidade, princípio da fundamentação, princípio da publicidade, princípio da audiência); (2) o procedimento (melhor:

certos procedimentos) constituem pressupostos necessários do processo (ex.: recursos hierárquicos como pressuposto do processo contencioso); (3) dada a superação das teorias substancialistas de procedimento diferenciadoras entre «procedimento» e «produto de procedimento» (ex.: entre procedimento legislativo e lei final, entre procedimento administrativo e acto administrativo), o objecto do processo constitucional é, muitas vezes, a discussão e averiguação da conformidade constitucional do procedimento (ex.: controlo da inconstitucionalidade e ilegalidade, formal, orgânica e *in procedendo).* A distinção entre procedimento e processo, não obstante as conexões acabadas de assinalar, continuará a ser aqui feita sobretudo para realçar os fins diferentes de um e outro. Em termos genéricos, o procedimento é a transformação em acto do poder legislativo (e também administrativo) ou, se se quiser, a concretização da competência legislativa (e administrativa), enquanto o processo é o modo de desenvolvimento da função jurisdicional (ou, noutra perspectiva, a concretização da competência jurisdicional).

O processo que se vai estudar é o processo constitucional *(direito constitucional processual).* Tal como se assinalou em relação ao direito de procedimento, o direito processual constitucional é, pelo menos em alguns aspectos nucleares, *direito constitucional material e formal concretizado,* autónomo em relação à ordem jurídica processual geral (cfr. *infra).* Em termos tendenciais, o conceito de direito processual constitucional que está pressuposto nas considerações subsequentes é o *conjunto de regras constitutivas de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza juris-dicionalmente a conformidade constitucional de actos normativos.*

Para uma visão global sobre as relações entre procedimento e processo a melhor doutrina é a dos cultores do direito administrativo. Cfr., por ex., ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrensrecht,* 2.ª ed., 1979, pp. 11 ss; ULE, *Verwaltungsprozessrecht,* 8." ed., 1983, p. 24; M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo,* Vol. 1, pp. 543 ss; A. P. XAVIER, *Do Procedimento Administrativo,* S. Paulo, 1976, pp. 7 ss; Rui MACHETE, *Contribuição,* pp. 6 ss.

No texto sugere-se a ideia da especificidade relativa do direito processual constitucional. Trata-se, todavia, de um problema muito discutido. Em termos afirmativos, cfr. sobretudo, HÀBERLE, *Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ,* 1973, pp. 451 ss; ENGELMANN, *Prozessgrund-zätze und Verfassungsprozessrecht.* Em sentido negativo, cfr. SCHUMANN, *Einheit der Prozessordnung oder Befreiung des Verfassungsprozessrechts von prozessualen Denken, JZ,* 1973, pp. 484 ss; FRÒHLINGER, *Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozessrechts zum sonstigen Pwzessrecht,* 1982, pp. 90 ss. Acentuando a ideia de procedimento como categoria geral do direito constitucional e do

direito administrativo cfr. LERCHE/SCHMITT-GLAESER/SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren ais Staats-und Verwaltungsrechtliche Kategorie,* Karlsruhe/ /Heidelberg, 1984. Por último, cfr. BENDA/KLEIN, *Lehrbuch des Verfas-sungsprozessrecht,* Heidelberg, 1991, p. 15.

5. Procedimento e concretização constitucional

A noção de *procedimento constitucional* é classicamente identificada com o *procedimento legislativo.* A razão (ou razões) radica no facto de, em geral, a problemática do procedimento andar associada a uma teoria material *de funções* (legislativa, administrativa e juris-dicional) e a uma teoria de competências estritamente vinculada à separação de poderes (legislador, administrador, juiz). Todavia, se reduzíssemos o procedimento constitucional ao procedimento legislativo,estaríamos a esquecer as razões justificativas da acentuação procedimental da constituição e que dizem respeito não apenas à necessidade (indiscutida e há muito aceite) de definir juridicamente o *iter* legislativo (procedimento legislativo), mas também às exigências de dinamização do texto constitucional, nomeadamente no que se refere à concretização de direitos fundamentais. Esta última consideração — garantia e realização de direitos fundamentais — explica precisamente a agitação doutrinal, jurisprudencial e política em torno de um tema que se tornou um *leit motiv* central da moderna juspubli-cística: a *protecção dos direitos fundamentais através do procedimento* (cfr. *supra,* Parte IV, Cap. 9, B).

No plano do direito positivo, impõe-se (como melhor se veria através da delimitação dos principais tipos de procedimento constitucional) que o procedimento constitucional seja visualizado não apenas sob um prisma normativista conducente à identificação de direito de procedimento com procedimento regulador da criação de actos normativos, mas também sob um ponto de vista metódico de concretização normativo-constitucional que aponta necessariamente para a ideia de execução de normas constitucionais (sobretudo as referentes aos direitos fundamentais) através de procedimentos (legislativos e administrativos).

B I *O PROCESSO CONSTITUCIONAL*

I — Problemas gerais do processo constitucional

1. Conceito e objecto do processo constitucional

Por *processo constitucional* vai entender-se nas considerações subsequentes o *conjunto de regras e actos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos actos normativos.*

Tal como o processo jurisdicional em geral, também o direito processual constitucional serve para garantir a observância e realização de um direito substantivo — o direito constitucional — através da definição de regras constitutivas de um *iter* procedimental adequado ao controlo e exame de questões jurídico-constitucionais.

É discutível, porém, se o direito processual constitucional é um *direito processual autónomo* e específico relativamente às outras ordens processuais ou se se trata apenas da transferência, para o âmbito constitucional, das regras gerais do processo. A primeira posição (HÀBERLE) invoca a favor da «emancipação» do processo constitucional a sua natureza material — o processo constitucional é fundamentalmente «direito constitucional concretizado»; a segunda considera as regras gerais de processo como regras indispensáveis à investigação jurídico-material do direito por qualquer tribunal, justificando-se o seu afastamento se e na medida em que isso for exigido pela especificidade da jurisdição constitucional (FRÕHLINGER).

Da discussão anterior — saber se o direito constitucional processual assume carácter autónomo relativamente ao direito processual geral — deve distinguir-se o problema da distinção entre *controlo constitucional autónomo e controlo constitucional não-autónomo* Por *controlo constitucional autónomo* designa-se a apreciação de questões jurídico-constitucionais em processo autónomo, conducente a uma decisão autónoma, e é neste sentido que se fala em autonomia do processo principal de controlo da inconstitucionalidade ou do recurso autónomo de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional; diversamente, o *controlo constitucional não-autónomo* verifica se quando as questões jurídico-constitucionais, quer sob o ponto de vista processual quer orgânico, se inserem num processo de jurisdição comum. O controlo constitucional autónomo anda associado à existência de tribunais constitucionais, o controlo constitucional não-autónomo liga-se ao sistema difuso de controlo da inconstitucionalidade.

Seja ou não o direito processual constitucional um direito autónomo, o que interessa fundamentalmente reter é que *a justiça constitucional consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdi-cional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada,* consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade (cfr. *supra).* Como em qualquer jurisdição, trata-se de obter a «medida do recto e do justo» de acordo com uma norma jurídica. Só que, no nosso caso, essa norma é a constituição considerada como norma jurídica fundamental do Estado e da comunidade. Da sua especificidade resulta a especificidade das questões jurídico-constitucionais e, con-sequentemente, a *especificidade relativa do processo constitucional.*

O discurso do texto subentende a necessidade de uma maior clarificação dogmática do direito processual constitucional. Muitos dos problemas da justiça constitucional radicam, ainda hoje, na incipiente elaboração dogmática do processo constitucional. Assim, por ex., parece-nos que a opinião corrente, segundo a qual a jurisdição constitucional se limita à apreciação de *questões de direito* e não à investigação de *questões de facto,* necessita de uma melhor iluminação teórica; de igual modo, afigura-se-nos claudicante, do ponto de vista teorético-dogmático, a defesa da incontrolabilidade das *prognoses legislativas,* com o argumento de que a apreciação de «factos futuros» pertence ao legislador e não à jurisdição; o próprio conceito *de facto* para a jurisdição constitucional carece de aprofundamento teorético, não sendo suficiente trazer à colação a literatura processualista sobre o direito de prova e os recursos de revista e de apelação. Sobre o problema de especificidade do direito processual constitucional cfr. BENDA/KLEIN, *Handbuch der Verfassungsprozessrecht,* 1991, p. 62.

Dissemos que a especificidade do direito constitucional pode justificar a criação de regras processuais autónomas. Esta autonomia processual não significa, de modo algum, que o Tribunal Constitucional tenha liberdade de conformação quanto à definição dos tipos de processos ou acções admissíveis, pois nesta matéria há uma reserva absoluta da constituição: é a lei fundamental que regula quais as formas e modelos de processos adequados ao controlo da constitucionalidade.

Deve também ponderar-se que a maioria dos casos referidos pela doutrina e jurisprudência como exemplos de «autonomia processual» (justificativa da ideia de um «Tribunal Constitucional, dono do pro-cessso») reconduzem-se rigorosamente à fixação e complementação de lacunas (cfr. *supra),* procedendo o TC de acordo com as regras gerais da investigação do direito (ex.: recurso aos princípios gerais do

direito processual ou às soluções acolhidas noutras ordens processuais como a ordem processual civil e a ordem processual penal).

2. Fim e objecto do processo constitucional 2.1 A *historicidade do processo constitucional*

Os fins e o objecto do processo constitucional não podem conceber-se separadamente do fim e objecto da *jurisdição ou justiça constitucional.* Ora o âmbito, a extensão e as finalidades de controlo atribuídos à «justiça constitucional» não são os mesmos para todos os países e vão sofrendo mutações consideráveis nos próprios ordenamentos jurídicos de cada país, de acordo com a sua história constitucional e as específicas questões jurídico-constitucionais que neles se verificam. Por isso se alude a uma *historicidade do processo constitucional* em consonância com a *historicidade* da *constituição* e da *justiça constitucional.*

2.2 *O processo constitucional como direito instrumental do direito constitucional material*

O direito processual é tradicionalmente entendido como «direito adjectivo» ou «direito formal»,em contraposição com o «direito substantivo» ou «direito material», porque a sua missão é servir de instrumento à efectivação de pretensões fundadas em normas de vários ramos de direito substantivo (civil, penal, administrativo, constitucional). Qualquer que seja o rigor da consideração do direito processual como «direito secundário», aqui refere-se o seu carácter instrumental para salientar o fim do processo constitucional: servir de instrumento à realização do direito constitucional material, permitindo a solução dos vários tipos de *questões jurídico-constitucionais:* (1) litígios de competência ou interorgânicos; (2) controlo abstracto e concreto da constitucionalidade dos actos normativos; (3) protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos; (4) controlo da legitimação dos órgãos do Estado e dos seus titulares através do contencioso eleitoral (e referendário).

2.3 ***O objecto do processo constitucional***
São várias as teorias formuladas relativamente ao conceito de *objecto do processo.* Aqui vai considerar-se fundamentalmente que o objecto do processo constitucional são as *pretensões, fundamentadas em normas constitucionais, que se deduzem perante o Tribunal Constitucional, solicitando um juízo de legitimidade constitucional relativamente a determinados actos normativos.* Desta definição poderão deduzir-se as características do objecto do processo constitucional: (1) *pretensão* que consiste essencialmente na declaração de vontade da parte com legitimidade processual activa; nela se formula o pedido e os respectivos motivos; (2) fundamentada em *normas constitucionais,* isto é, a declaração que se faz perante o Tribunal Constitucional baseia-se em normas da constituição (ex.: declaração da inconstitucionalidade da lei); (3) perante o *Tribunal Constitucional,* dado que embora haja pretensões constitucionais baseadas em normas constitucionais perante outros tribunais (ex.: fiscalização concreta da inconstitucionalidade) o processo constitucional só é autónomo quando o conhecimento da pretensão se atribui a título principal (ou enxertado noutro processo) ao Tribunal Constitucional; (4) solicitação de um juízo de *legitimidade constitucional* porque, qualquer que seja a pretensíkr concreta, o que se pede sempre ao Tribunal é que ele profira uma sentença relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de um acto normativo.
2.4 ***Processo objectivo e processo subjectivo***
E tradicional a distinção entre *processo constitucional objectivo e processo constitucional subjectivo,* consoante o tipo de pretensões deduzidas em juízo: (1) interesses juridicamente protegidos do cidadão (sobretudo direitos fundamentais), caso em que se fala de *processo subjectivo* (ex.: controlo concreto da inconstitucionalidade); (2) protecção da ordem jurídico-constitucional, objectivamente considerada, caso em que se alude *a processo objectivo* (ex.: controlo principal, abstracto, da constitucionalidade de actos normativos). Refira-se, porém, que esta distinção é meramente tendencial, pois, por um lado, no processo subjectivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objectiva do direito constitucional e, por outro lado, no processo objectivo, dirigido fundamentalmente à defesa da ordem constitucional, não está

ausente a ideia de protecção de direitos e interesses juridicamente protegidos [6]

3. Os princípios gerais do direito processual constitucional

A enumeração subsequente de alguns dos princípios gerais do direito processual constitucional[7] vai revelar a posição anteriormente sugerida sobre a autonomia e especificidade deste ramo processual. Embora todos os princípios a mencionar sejam considerados como princípios básicos de outras ordens processuais (designadamente a ordem processual civil), verifica-se a necessidade de grandes cautelas contra a sua transferência de plano para o direito constitucional. Deve salientar-se que estes princípios podem valer em diferente medida segundo os diferentes processos de fiscalização. Não há, rigorosamente, um processo constitucional; existem, sim, vários processos constitucionais

Como princípios gerais do processo constitucional devem referir-se os seguintes.

II — Os princípios gerais do direito processual constitucional

1. O princípio do pedido

O processo só se inicia sob o impulso das entidades às quais é constitucionalmente reconhecida legitimidade processual activa. O pedido consiste na solicitação para que se declare, se verifique ou se reconheça a inconstitucionalidade de uma ou várias normas (cfr. Ac 31/84). O Tribunal Constitucional actua a pedido das pessoas e entidades com legitimidade processual activa e não mediante iniciativa

[6] Cfr., sobre isto, FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundes-republik Deutschland,* pp. 7 ss e 28 ss. Entre nós, cfr. VITALINO CANAS, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e de legalidade,* p. 87 ss.; CARDOSO DA COSTA. *A Jurisdição Constitucional,* p. 46/47.

[7] Sobre a validade metodológica da adaptação dos conceitos processuais gerais no direito processual constitucional, cfr. BOCANEGRA SIERRA, El *Valor de las Sentencias dei Tribunal Constitucional,* Madrid, 1982, pp. 161 ss.; T. CARNACINI, «Tutela giurisdizionale e técnica dei processo», in *Studi Redenti,* 1951, 11, p. 698 ss.

dos juizes que o compõem. A isto se chama em teoria processual o *princípio do pedido* (cfr. LTC, arts. 51.° e 57.°). Todavia, este princípio do pedido, que na ordem processual civil anda associado ao *princípio dispositivo,* não significa a recondução do processo constitucional a um simples «processo de partes». Algumas das consequências deste princípio são expressamente rejeitadas, como, por ex., a possibilidade de desistência (admitida apenas na fiscalização concreta e nos processos de fiscalização preventiva nos termos da LTC, art. 53.°)[8].

2. O princípio da instrução

Embora o processo esteja dependente do pedido, e, nesta perspectiva, não se trate de um *processo inquisitivo,* não se reconduz também um processo dispositivo relativamente à averiguação da verdade. No processo dispositivo às partes pertence a adução do material que possibilita ao juiz a decisão; no processo constitucional os juizes podem, *ex officio,* proceder a averiguações tendentes à indagação material da verdade, independentemente do contributo das pessoas ou entidades que suscitarem a questão de inconstitucionalidade ou introduzirem uma acção principal de controlo[9].

3. O princípio da congruência ou da adequação

O sentido deste princípio é bem conhecido da doutrina processual civil: entre a sentença proferida pelo tribunal e as pretensões deduzidas pelas partes existe uma *relação de congruência* que consiste fundamentalmente em o tribunal apreciar *apenas o pedido,* mas sem deixar de apreciar e resolver *todo o pedido* (correlação entre a pretensão e a decisão).

Este princípio, intimamente ligado ao princípio dispositivo, sofre algumas e importantes correcções em direito processual constitucional. Em todo o seu rigor, ele postularia a inadmissibilidade de apreciação jurisdicional relativamente a questões não debatidas e consequente exclusão de declaração de inconstitucionalidade de normas

[8] Cfr. Ac. TC n.° 25/83, de 19-4-84; Ac. n.° 31/84, *DR,* I, de 17-4-84.

[9] A revogação, pela L 85/89, do antigo n.° 2 do art. 63.° da LTC, parece indiciar que se pretendeu agora acentuar a dimensão dispositiva.

que não tivessem sido impugnadas no processo. Se isto é assim em processos de fiscalização concreta (e mesmo aqui há problemas), já o mesmo não acontece nos processos de fiscalização abstracta onde podem existir *inconstitucionalidades consequenciais ou por arrastamento,* justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados (cfr. *infra,* Parte IV, Cap. 29, C, 1.3.2, as considerações sobre inconstituciona-lidade parcial). Isto não implica a admissão generalizada deste tipo de inconstitucionalidades, sobretudo se se tiver em conta um limite material inequívoco: só podem admitir-se relativamente a preceitos contidos no acto normativo impugnado, não devendo alargar-se a preceitos situados fora do acto normativo sujeito a fiscalização jurisdicional[10].

4. O princípio da individualização

Associada ao princípio dispositivo e ao princípio da congruência e como consequência deles, a doutrina processual civil desenvolveu a regra (hoje relativamente ultrapassada) da *correspondência entre o pedido e o pronunciado* de acordo com o *princípio da substanciação:* o juiz conforma-se com a delimitação do tema a decidir feita pelas partes, não lhe competindo averiguar se a pretensão poderia obter-se através de outra providência ou com outros fundamentos jurídicos.

Em todo o seu rigor, o princípio da *substanciação* conduziria à impossibilidade prática de, por ex., o TC averiguar se, em vez de uma inconstitucionalidade formal, existe uma inconstitucionalidade material ou uma e outra conjuntamente. Nas *acções de inconstitucionalidade,* é óbvio que embora a petição enuncie os fundamentos jurídicos tendentes a demonstrar a existência do vício de inconstitucionalidade, o TC aprecia com larga elasticidade (princípio da individualização) a relação de conformidade ou desconformidade das normas impugnadas com o parâmetro normativo-constitucional (cfr. LTCart. 51.75).

Já no que respeita ao controlo concreto da inconstitucionalidade através de um recurso para o Tribunal Constitucional pode dizer-se

[10] Cfr. K. Schlaich, «Corte Costituzionale e controllo sulle norrne nella Republica Federale di Germania», in *Quaderni Costituzionali,* 1982, p. 597. Mesmo com as restrições do texto, as inconstitucionalidades consequenciais são rejeitadas, em nome do princípio do pedido, por Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional,* p. 47.

que o princípio *ne eat judex ultra petite partium,* tal como é desenvolvido pela processualística civil, encontra relativo acolhimento no processo constitucional. O TC aprecia a questão da inconstitucionalidade apenas quanto às normas impugnadas e exclusivamente nos termos em que a questão é posta no caso concreto submetido a julgamento (pelo recorrente, pelo juiz *a quo,* pelo Ministério Público).

A posição adoptada quanto aos princípios da congruência e da individualização pode confortar-se já com algumas decisões jurisprudenciais. Relativamente ao princípio da individualização refira-se, a título de exemplo, o Acórdão do TC n.° 39/84 (in *DR,* 1.» série, de 5-5-84), onde claramente se sustenta que «o Tribunal não está, pois, impedido de conhecer outros eventuais vícios de inconstitucionalidade de que padeça a norma cuja apreciação lhe é requerida»; Acórdão n.° 31/84, *DR,* 1." série, de 174-84, onde se afirma estarem os poderes de cognição do juiz limitados e condicionados pelo pedido mas não pela causa de pedir. Cfr., também, Ac. TC n.° 71/84, *DR,* I, 17-4-84.

Também as hipóteses de *inconstitucionalidade consequencial* não *são* desconhecidas *â&praxis* jurisprudencial portuguesa (cfr. Parecer CC n.° 11/ 82 e 23/82, *Pareceres,* Vol. 20), considerando-se admissível a declaração da inconstitucionalidade por arrastamento quando a nulidade do preceito principal conduz à inconstitucionalidade do preceito instrumental. Ver Ac. TC 91/88, DRI, 12-5-88.

5. O princípio do controlo material

O princípio do controlo material anda associado ao princípio da instrução e com ele pretende-se significar que o controlo da consti-tucionalidade — a questão da inconstitucionalidade — deve abranger *os fundamentos de facto e de direito* (as questões de facto e de direito) relevantes para o processo. Diversamente do que se passa em processo civil e administrativo, a distinção entre questões de facto e questões de direito não tem aqui a mesma relevância, pois: (1) por um lado, nos processos de fiscalização abstracta, o pedido deve apenas especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou princípios constitucionais violados (art. 51.71 da LTC); (2) por outro lado, nos processos de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional deve limitar a sua competência ao controlo da «questão de inconstitucionalidade», não lhe cabendo averiguar da justeza dos factos fixados pelos tribunais a *quo.*

Esta questão — que aqui se vai deixar apenas aflorada — é uma das mais complexas do direito processual constitucional, pois ainda hoje não e

líquido o sentido da «questão de inconstitucionalidade», como questão de facto e questão de direito.
Em termos sintéticos, no conceito processualista de facto avultam geralmente duas características: (1) o conceito de facto anda associado a uma situação de facto real que se representa como acontecimento concreto, individual, singular e pretérito; (2) atribui-se relevo jurídico-processual ao facto quando este justifica, em recurso, uma delimitação competencial pelos vários tribunais ou instâncias (cfr. art. 729.° do Cód. Proc. Civil).
Relativamente ao ponto (2), a alternativa questão de facto-questão de direito ou competência para *afixação de factos materiais* e competência para proferir uma *decisão de direito* (à qual anda ligado o problema da delimitação jurídico-funcional do recurso de apelação e do recurso de revista), não assume papel decisivo em sede de direito constitucional. A fiscalização da constitu-cionalidade dos actos normativos não é constitucional e legalmente concebida quer como recurso de revista quer como recurso de apelação (embora nos termos do art. 69.° da LCT este seja direito subsidiário).
Em que medida, porém, se pode e deve considerar a fixação de factos materiais como elemento constitutivo da jurisdição constitucional? As questões de inconstitucionalidade são apenas e só questões de direito ou serão, simultaneamente, questões de facto e questões de direito? A favor desta última posição tem-se argumentado da seguinte maneira: (1) o TC exerce uma «jurisdição constítucionalmente autónoma» em relação à questão da inconstitucionalidade; à jurisdição ordinária pertence decidir jurídico-funcionalmente de forma autónoma e definitiva, a fixação dos factos materiais submetidos à sua apreciação; (2) qualquer metódica de decisão judicial apresenta-se hoje como um processo complexo de interpretação e aplicação no qual não se pode separar a norma da realidade (argumento metódico).
Mesmo no controlo abstracto de normas — em que se coloca com mais acuidade a desnecessidade da fixação de factos — a fiscalização jurisdicional não se exerce comparando *abstractamente* os actos normativos com as normas e princípios da Constituição, antes se impõe sempre a apreciação da lei e do problema ou problemas (programa normativo) que ela pretende conformar, segundo os parâmetros materiais da Constituição. Consequentemente, também os *legislativ facts* devem ser tomados em consideração no juízo de inconstitucionalidade, pelo menos na medida em que a fixação desses factos se torne necessária para a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas impugnadas (os problemas que subsistem dirão, assim, respeito à *extensão do controlo* dos factos e não propriamente à sua admissibilidade).
Nos casos de controlo concreto, o *critério de distribuição de competên-cias* parece apontar para a fixação definitiva dos factos pelos tribunais da causa e para a discussão das questões jurídicas da constitucionalidade dos actos normativos impugnados pelo TC.
Mas há que distinguir entre *factos singulares da causa* (aquilo que a doutrina alemã chama *Einzelfalltatsachen)* e *os factos gerais (generelle* Tatsachen)*:* os primeiros dizem respeito ao facto individual e concreto submetido a julgamento e devem ser averiguados pelo tribunal *a c/uo: os* segundos são considerados como factos legislativos (as relações da vida que o legislador pretendeu abstractamente regular) e, nesta veste, são inseparáveis da questão da inconstitucionalidade submetida à apreciação do TC. Sobre este assunto a

doutrina mais «afinada» é a doutrina alemã. Cfr., sobretudo, OSSENBUHL, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* Vol. I (1976), p. 486. Abordando o problema da extensão do controlo, sobretudo dos «prognósticos do legislador», cfr. Par. CC n.° 12/81, *Pareceres,* Vol. 15, p. 97. Cfr. também GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação ao art. 280.°

CAPITULO 29

PADRÃO VII — ESTRUTURAS DE PROCESSO
2.° _ OS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA ILEGALIDADE

Sumário

Indicações bibliográficas

A e **B) O PROCESSO CONSTITUCIONAL**

ABBAMONTE, N. — *Processo Costituzionale Italiano,* 1, Napoli, 1957.
Al.MAORO NOSF.TE, J. —*Justicia Constitucional,* Madrid, 1980.
CANAS, V. — *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional,* Lisboa,
1984. CARAVITA, B. — *Corte Costituzionale, giudici a i/uo e introduzjone dei giudicio sulle leggi,*
Padova, 1985.
FAVORF.U — «La décision de constitutionnalité» in *RIDC,* 2/1986, p. 611 ss. GONZALEZ PÉREZ, J. — *Derecho Processai Constitucional,* Madrid, 1980.
D'ORAZIO, G. — *Soggetto privato e processo costituzionale italiano,* Torino. 1988. PESTALOZZA, CH. — *Verfassungsprozessrecht, 2."* ed., Munchen,
1982. PIZORRUSSO, A. — «Garanzie costituzionali», in *Commentario alia Costituz.ione a cura di*
G. Branca, Bologna, 1981.
SANDULLI, A.— *Il giudizio sulle leggi,* Milano, 1967. SEGADO, F. F. — *La jurisdicción constitucional en Espana,* Madrid, 1984. SCHOLLER / BROSS —
Verfassungs-und Venvaltungsproz.essrecht, 1980. SCHI.AICH, K — *Das Bundesverfassungsgericht,* Munchen, 1985. ZAGREBELSKY, G. — *La Giustizia Costituzionale,* Bologna, 1977.

D, E, F e **G) OS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE**

ALMEIDA, L. NUNES — «O Tribunal Constitucional e as suas decisões», in BAPTISTA COELHO, *Portugal: Sistema Político e Constitucional,* cit. p. 941, ss.
ANTUNES, M. L. — "Fiscalização abstracta da Constitucionalidade. Questões processuais" in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional,* p. 397 ss.
LE BON, P. — *La justice constitutionnelle au Portugal,* Paris, 1989.
CANOTILHO. G. / MOREIRA, V. — *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI.
COSTA, J.M.C. — *A jurisdição constitucional em Portugal,* 2° ed. Coimbra, 1992.
MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* Vol 2, pp. 370 ss.
DOMINGOS, INÊS/PIMENTEL, MARGARIDA «O recurso de constitucionalidade. Questões Processuais», in *Estudos sobre a Jurisprudência,* p. 427 ss.

A/ *INDIVIDUALIZAÇÃO*

Os tipos processuais de fiscalização da inconstitucionalidade de normas jurídicas são os seguintes.

a) *Controlo abstracto por via de acção*

O processo principal de inconstitucionalidade ou processo por via de acção tem por objecto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas (arts. 225.°, 281.71 e 282.°, da CRP, e arts. 51.° ss da LTC). É um processo de controlo de normas, destinado a, de *forma abstracta,* verificar a conformidade formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a constituição.

b) *Controlo abstracto prévio ou de fiscalização preventiva da inconstitucionalidade*

Tem por objecto uma pretensão destinada a evitar que certos projectos de actos normativos se transformem em actos perfeitos e definitivos mas inconstitucionais (art. 278.° da CRP e arts. 57.° ss da LTC).

c) *Controlo concreto por via de acção*

O processo incidental de inconstitucionalidade ou *processo de fiscalização concreta* tem por objecto a apreciação de uma questão de inconstitucionalidade, levantada a título de incidente, nos feitos submetidos a julgamento perante qualquer tribunal. Trata-se de uma *fiscalização concreta,* pois ela efectua-se quando, num processo a decorrer em tribunal, se coloca a questão da inconstitucionalidade de uma norma com pertinência na causa (cfr. arts. 207.° e 280.° da CRP, e 69.° ss da LTC).

d) *Controlo misto*

Trata-se do *processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controlo concreto de normas.* Este processo conjuga duas dimensões: (1) uma dimensão abstracta, dado que se trata da

declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, tal como sucede nos processos principais de inconstitucionalidade; (2) uma dimensão concreta, porque a declaração de inconstitucionalidade tem como base a fiscalização concreta da constitucionalidade de normas jurídicas (cfr. art. 281.73 da CRP e arts. 82.° ss da LTC).

e) *Controlo abstracto por omissão*

O processo de inconstitucionalidade por omissão destina-se a verificar a inexistência de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis certos preceitos constitucionais. Trata-se, pois, de uma pretensão que assenta não na existência de normas jurídicas inconstitucionais, mas na violação da lei constitucional pelo *silêncio legislativo* (violação por omissão). Cfr. art. 283.° da CRP e arts. 67.° ss da LTC.

f) *Processo de verificação da contrariedade de uma norma legislativa com uma convenção internacional*

Aos processos precedentes deve acrescentar-se, hoje, nos termos da LTC, art. 70.7l/i, o processo de verificação de contrariedade de uma norma legislativa com uma convenção internacional.

B I *O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DIFUSO, CONCRETO E INCIDENTAL*

O controlo difuso pode considerar-se uma tradição republicana do direito constitucional português (cfr. *supra).*

A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas é reconhecida a todos os tribunais que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelo juiz, apreciam a inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial (cfr. arts. 207.° e 280.°). O regime desta *excepção de inconstitucionalidade* condensa-se da forma referida a seguir[1].

[1] No texto deixa-se em aberto a questão de saber se o particular pode provocar o incidente de inconstitucionalidade, intentando perante o Tribunal *acções declara-tórias* ou *procedimentos cautelares.*

I — Sentido geral da fiscalização judicial concreta

O processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, designado também por *processo incidental ou acção judicial de Ínconstitucionalidade (Richterklage),* traduz a consagração do direito de fiscalização dos juizes *(judicial review)* relativamente a normas a aplicar a um caso concreto.

Uma norma em desconformidade material, formal ou procedimental com a constituição é nula, devendo o juiz, antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com esta norma, examinar («direito de exame», «direito de fiscalização») se ela viola as normas e princípios da constituição. Desta forma, os juizes têm «acesso directo à constituição», aplicando ou desaplicando normas cuja Ínconstitucionalidade foi impugnada.

A competência dos tribunais para exercerem a fiscalização judicial consta do art. 207.°, e o seu regime básico está fundamentalmente consagrado no art. 280.° da CRP e no art. 69.° e segs. da LTC. É este o regime geral de acesso ao Tribunal Constitucional, exigindo-se, portanto, que o problema da constitucionalidade de uma norma surja no decurso de um processo (penal, civil, administrativo). Das decisões do juiz *a quo* (quer de acolhimento quer de rejeição da Ínconstitucionalidade) cabe *recurso por via incidental* para o Tribunal Constitucional (cfr. art. 280.71).

Como das decisões dos juizes poder haver *recursos de Ínconstitucionalidade* para o TC, diz-se também que a fiscalização concreta, incidental e difusa é uma «introdução necessária» dos recursos para o TC. Este poderá vir a revogar a decisão do juiz *a quo* incidente sobre questões de Ínconstitucionalidade.

II — Requisitos processuais **1. Requisitos subjectivos**

Para que se possa suscitar um incidente de Ínconstitucionalidade é necessária a verificação de certos requisitos e circunstâncias que na doutrina processual geral se designam por *requisitos ou pressupostos processuais*
2-3

[2] Cfr., por ex., Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil* (act. de Herculano Esteves), Coimbra, 1979, p. 74; Antunes Varela / Miguel Bezerra / Sampaio Nora, *Manual de Processo Civil,* Coimbra, 1984, pp. 36 ss.

[1] Sobre este tema, cfr. entre nós Guilherme Fonseca, «Fiscalização concreta

a) *Tribunais*
A questão da inconstitucionalidade deve ser levantada num «feito submetido a julgamento» perante um tribunal (cfr. CRP, art. 207.°).
Tribunais no sentido dos arts. 207.° e 280.°/l devem considerar--se todos os órgãos jurisdicionais aos quais é atribuída, como função principal, a actividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à constituição e à lei. Por esta definição se verifica que há dois problemas prévios quanto à qualificação das autoridades judiciais: (i) natureza judicial do órgão; (ii) natureza jurisdicional da actividade que ele desenvolve (cfr. Ac. TC 230/86, DR, I, 12-9-86).
Relativamente ao segundo problema — natureza jurisdicional — tende a considerar-se que para haver um «feito submetido a julgamento» não é necessária a existência de um litígio ou controvérsia jurídica entre partes *(processos de jurisdição contenciosa),* bastando a existência de um caso ou interesse juridicamente tutelado a resolver pelo juiz *(processos de jurisdição voluntária,* como, por ex., providências de alimentos, providências em relação aos cônjuges). Por outnylado, o enunciado — «feito submetido a julgamento» — abrange os *processos dedaratórios e os processos cautelares* em que a parte interessada «ao chorar antes de doer» (na expressão sugestiva do juiz americano BEN-JAMIN CARDOSO), suscita também a excepção de inconstitucionalidade. Problema complexo é o de saber se, desta forma, não será possível criar um sucedâneo de uma acção directa de inconstitucionalidade.
No que se refere à primeira questão — natureza judicial do órgão — tem-se entendido dever tratar-se de um verdadeiro tribunal e não de um simples órgão de composição de conflitos (ex.: órgãos disciplinares das ordens profissionais, jurisdição desportiva, Conselho Superior da Magistratura, como pode ver-se nos Acs. TC 230/86, DR I, 12-9-86 e 211/86, DR II, 7-11-86). Outro problema reside no facto de saber se de qualquer decisão de um tribunal — pelo facto precisamente de o ser — pode haver recurso para o TC. Por outras palavras: serão susceptíveis de recurso todas as decisões dos tribunais? Se a decisão do tribunal for não jurisdicional ou se estiver em causa um acto judicial não autónomo (ex.: voto de vencido de um juiz, membro de tribunal colectivo) (cfr. Acs.

da inconstitucionalidade», in *Scientia Jurídica,* Tomo XXXIII, 1984; RIBEIRO MENDES, «Recurso para o Tribunal Constitucional: pressupostos», in *Revista Jurídica,* 3/1984; VITALINO CANAS, *Os processos de fiscalização da Constitucionali-dade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional,* Coimbra, 1986; I.MÊs DOMIN-GOS/MARGARIDA PIMENTEL, «O Recurso de Constitucionalidade», in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional,* p. 427.

211/86, 238/86, 266/86, relativos ao Tribunal de Contas) deverá afastar-se a possibilidade de recurso.
b) *Sujeitos*
A questão da inconstitucionalidade pode ser levantada nos feitos submetidos a julgamento, a *instâncias de parte, ex ojficio* pelo juiz e pelo Ministério Público quando este seja parte no processo. O reconhecimento às partes de legitimidade processual activa para suscitarem o incidente de inconstitucionalidade justifica-se pelo facto de o incidente ou excepção ser um meio idóneo de elas defenderem interesses subjectivos. A legitimidade processual activa do juiz *a quo* ou do Ministério Público quando seja parte no processo explica-se pela vin-culação dos órgãos jurisdicionais aos princípios da constitucionali-dade e da unidade da ordem jurídica.
2. Requisitos objectivos
a) *Questão de inconstitucionalidade*
A questão suscitada perante o juiz da causa (juiz *a quo)* tem de ser uma *questão de inconstitucionalidade,* isto é, tem de colocar-se o problema da conformidade ou desconformidade de uma norma com a Constituição. Esta questão de inconstitucionalidade deve configurar--se da seguinte forma:
— é uma *questão concreta* de inconstitucionalidade, ou seja, deve tratar-se da questão da desconformidade constitucional de um acto normativo a aplicar num caso submetido a decisão perante o juiz *a quo;*
— é uma *questão objectiva,* pois a questão de inconstitucionalidade pode ser suscitada *ex ojficio* e julgada, independentemente do seu acolhimento ou rejeição trazer benefícios a qualquer das partes processuais; a dimensão objectiva não aniquila, porém, a existência de uma dimensão subjectiva traduzida, desde logo, na possibilidade de o incidente de inconstitucionalidade poder ser levantado pelas partes;
— é uma *questão de inconstitucionalidade,* isto é, pressupõe um juízo de conformidade ou desconformidade de um acto normativo com normas ou princípios dotados de estalão constitucional (= forma e valor constitucional) ou, no caso de ilegalidade, de valor legal reforçado (legalidade qualificada), excluindo-se

as questões de natureza contencioso-administrativa (legalidade ou ilegalidade de regulamentos, de actos administrativos[4]), as questões de mérito da causa e as questões sobre a eventual cons-titucionalidade ou inconstitucionalidade da decisão judicial.

— é uma *questão suscitada durante o processo* (CRP, art. 28O.°/l/b e 2/d), pois só uma questão suscitada durante o processo pode ser apreciada pelo juiz e tida em conta na decisão da causa; daqui deriva o carácter não atempado da invocação da inconstitucionalidade feita em reclamação da decisão final, a não ser quando o interessado não tiver tido intervenção processual possibilitadora do levantamento da questão antes da decisão final (cfr., por último, Ac. 61/92).

b) *Relevância da questão da inconstitucionalidade*

Exige-se que questão da inconstitucionalidade seja *relevante* para a decisão da causa. Esta diz respeito a um outro assunto (questão de fundo, questão de mérito), mas depende também da validade ou invalidade de uma norma a aplicar ao caso. A questão da constitu-cionalidade não representa a *questão principal;* é antes uma *«questão prévia»* relevante para a solução da questão principal. Além de ser muito discutido este carácter prejudicial da questão da inconstitucionalidade[5], também a própria noção de relevância oscila entre duas posições principais: (i) *questão relevante* é aquela que é *decisiva* para a decisão do tribunal, não podendo esta ser proferida sem a resolução do problema prévio da constitucionalidade; (ii) questão relevante existe quando a aplicação da norma cuja constitucionalidade é posta em causa parece *necessária* ao juiz *a quo,* ou quando este admite como *possível* vir essa norma ser aplicável ao feito submetido a julgamento[6], mas afasta a sua aplicação por motivo de inconstitucionalidade.

[4] O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar sobre o problema da ilegalidade de regulamentos. Cfr. Acs. 113/88, 169/88, 219/88.

[5] Cfr. também Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 377: «a questão de inconstitucionalidade só pode ser relevante, só pode ser objecto de decisão quer do tribunal *a quo* quer do tribunal constitucional enquanto incidível da causa naquele pendente, enquanto questão prejudicial em face da questão principal a decidir no processo.» Note-se, porém, que o carácter de «prejudicialidade» da questão de inconstitucionalidade relativamente à causa, é discutido na doutrina. Cfr., G. Monteleone, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione,* Milano, 1984; A. Pérez Gordo, *Prejudiciali-dad Penal y Constitucional en el Proceso Civil,* Barcelona, 1982.

[6] Cfr. Gomes canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 280.°

De qualquer modo, não é suficiente afirmar, na decisão do tribunal *a quo,* que determinada norma é inconstitucional; ela deve ser efectivamente *desaplicada* por motivos de inconstitucionalidade (ou aplicada não obstante a invocação de inconstitucionalidade) no feito submetido a apreciação judicial. Por isso se diz que o juizo sobre a aplicação ou desaplicação de uma norma deve ser uma *ratio deci-dendi* e não um simples *obiter dictum* da decisão recorrida. No entanto, a aplicação da norma ou a desaplicação por inconstitucionalidade não tem que ser expressa, podendo ser *implícita* (cfr. Acs. TC 406/87, 429/89, 119/90, 354/91).

Costuma acentuar-se em alguns sistemas jurídicos consagradores do controlo jurídico incidental da constitucionalidade das leis que os poderes conferidos ao juiz *a quo* na determinação da relevância da inconstitucionalidade não devem exagerar-se. Tratar-se-á tão-somente de um juízo delibatório e não de um juízo de mérito, bastando que o juiz, com base em exame sumário, considere ser a norma efectivamente ineliminável do feito submetido a julgamento.

Consequentemente, se a decisão do juiz sobre a prejudicialidade da questão é um juízo *in Umine litis,* meramente delibatório, a relevância da questão recon-duz-se a uma simples possibilidade abstracta de, da aplicação ou não aplicação da norma impugnada perante o juiz *a quo,* depender a solução da controvérsia. Afastar-se-ia, pois, a ideia de uma prejudicialidade rigorosamente necessária, sendo suficiente que se considere a questão da inconstitucionalidade como relevante quando, de forma previsível, não puder haver uma decisão do tribunal, independentemente do julgamento do incidente de inconstitucionalidade.

Não é esta a concepção constitucionalmente consagrada. Os tribunais continuam com o direito de «judicial review» (cfr. art. 207.°), ou seja, têm acesso directo à Constituição, aplicando ou desaplicando normas cuja constitucionalidade foi impugnada no feito submetido a decisão judicial. Sendo assim, o juiz *a quo* não se limita a conhecer do incidente da inconstitucionalidade e a reenviá-lo para o Tribunal Constitucional; decide o caso, interpretando a norma a aplicar como constitucional ou inconstitucional, independentemente do recurso posterior, restrito à questão da inconstitucionalidade, para o Tribunal Constitucional. A solução contrária conduziria, em todo o seu rigor, a eliminar a fiscalização concreta do ordenamento constitucional português[7].

c) *Inconstitucionalidade de normas*

A questão da inconstitucionalidade deve ter por objecto normas que tenham de ser aplicadas na causa (trata-se de uma fiscalização

[7] Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* Vol. II, p. 372, onde se especificam as várias hipóteses de fiscalização incidental. Cfr. também Guilherme da Fonseca, «Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade», in *Scientia Jurídica,* Vol. XXXIII (1984), n.° 191-192, e Cardoso da Costa, *A Jurisdição,* p. 49.

concreta). Não há, porém, qualquer restrição quanto à natureza das normas impugnadas: podem ser normas materiais ou processuais, podem incidir sobre o mérito da causa ou apenas sobre meios probatórios ou pressupostos processuais, podem lesar ou não direitos fundamentais ou interesses legítimos das partes. Isto não significa que os problemas de inconstitucionalidade digam apenas respeito a actos normativos, pois não são impensáveis hipóteses de actos privados (contratos, testamentos) directamente violadores da constituição (ex.: testamentos com cláusulas discriminatórias violadoras do art. 13.°/2 da CRP). Nestes casos o juiz considerará estes actos como ilícitos, contrários à ordem pública constitucional, e desaplicá-los-á, mas não configura o problema como questão autónoma de inconstitucionalidade[8]. Cfr. *supra,* Cap. 27.°, D, 5.

d) *Procedência da questão*

Além da relevância da questão de inconstitucionalidade, expressa nas regras tradicionais da prejudicialidade e da indispensabilidade, ao juiz da causa cabe pronunciar-se sobre a procedência da questão. E como se trata de um verdadeiro controlo concreto feito pelo tribunal, compreende-se que exista aqui não só um juízo sobre a manifesta ou evidente improcedência mas também sobre o fundamento ou a justeza do incidente. De acordo com os princípios do controlo concreto, isto significa pertencer ao juiz da causa decidir se é fundada ou não a pretensão da parte quanto à inconstitucionalidade. O tribunal profere, portanto, uma sentença, e não um simples despacho interlocutório sobre o incidente da inconstitucionalidade, não obstante poder a sentença vir a ser revogada, no que respeita a este incidente, por decisão do Tribunal Constitucional. Uma decisão sobre o incidente da inconstitucionalidade não impede o juiz da causa, de acordo com os princípios gerais do processo, apreciar se se trata ou não de uma questão inexistente ou manifestamente improcedente (com fins dilatórios, por litigância de má-fé, etc).

Em último termo, é ao TC que vai pertencer, a título definitivo, a qualificação do vício conducente à desaplicação da norma, mas obser-

[8] Segundo informam C. EISENMANN / F. HAMON / C. WIENER / M. CEORA / M. GJIDARA, Le *Controle de la constitutionalité des lois en trance et VEtranger,* Paris, 1978, p. 3, em França foi anulada, por ofensa dos princípios constitucionais, uma cláusula testamentária que deserdava um legatário no caso de este desposar uma pessoa de origem judaica.

vando sempre os termos em que a questão foi estruturalmente posta no tribunal *a quo* (cfr. Ac. TC n.° 27/84, DR, de 4-7-84, e *infra* Cap. 30, C, II).

III — Recurso para o Tribunal Constitucional[9]

Das decisões dos tribunais relativas à questão da inconstitucio-nalidade cabe *recurso* para o Tribunal Constitucional. O objecto do recurso não é a decisão do tribunal *a quo* sobre o mérito da «questão» ou do «feito submetido a julgamento», mas apenas o «segmento» da decisão judicial relativo à questão da inconstitucionalidade. Por outras palavras: objecto do recurso não é a decisão judicial em si mesma, mas apenas a parte dessa decisão em que o juiz *a quo* recusou a aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma cuja constitucionalidade foi impugnada. O objecto do recurso em sentido substantivo (e não meramente processual), é, pois, uma *norma* à qual se reporta a questão da inconstitucionalidade e não a *decisão judicial do tribunal a quo.* Todavia, trata-se sempre de uma *norma* interpretativamente mediatizada pela decisão recorrida, porque a norma deve ser apreciada no recurso segundo a interpretação que lhe foi dada nessa decisão (cfr. Acs. 69/87, 75/87, 388/87, 127/88, 235/91, 136/92, 141/92).

A regulamentação processual destes recursos está contida no art. 280.°, da CRP, e arts. 69.° ss da LTC (Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional).

1. Tipos de recurso

O recurso de inconstitucionalidade apresenta diversos tipos, consoante o objecto e a qualidade dos recorrentes.

1.1 *Quanto ao objecto*

a) Recursos de decisões positivas de inconstitucionalidade (= decisões de acolhimento, na terminologia italiana).

[9] Cfr. A. Ribeiro Mendes, «Recurso para o Tribunal Constitucional: seus pressupostos» in *Revista Jurídica,* 3/1984.

São os recursos de decisões que não *tenham aplicado* (= que tenham *recusado* a aplicação) uma norma por motivo de *inconstitu-cionalidade* (art. 280.71) ou de ilegalidade (CRP, 280.72).
b) Recursos de decisões negativas de inconstitucionalidade (= decisões de rejeição).
Trata-se de recursos de decisões que aplicaram uma norma (= rejeitaram a inconstitucionalidade) não obstante a sua inconstitucionalidade ter sido arguida no processo (art. 280.71 *-b).*
c) *Recursos de decisões aplicadoras* de normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo TC.
São recursos obrigatórios para o MP e dizem respeito a decisões dos tribunais aplicadoras de normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo TC (art. 280.75). *f*
d) *Recursos de decisões judiciais,* restritos a questões de natureza *jurídico-constitucional e jurídico-internacional,* que apliquem normas constantes de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo TC (LTC, arts. 70.7/ e 71.72). Note-se, porém, que não é líquido tratar-se de recurso por inconstitucionalidade. Cfr. *infra,* D.

1.2 *Quanto à qualidade dos recorrentes*

a) *Recursos de parte*
Trata-se dos recursos interpostos pelas partes de acordo com as regras gerais do processo.
b) *Recursos oficiosos*
São os recursos interpostos pelo Ministério Público quando seja parte no processo.

1.3 ***Quanto ao carácter obrigatório ou facultativo***

a) *Recursos facultativos*

São os recursos de parte e os recursos do Ministério Público, sempre que este seja parte no processo e não esteja obrigado a recorrer por dever de ofício.

b) *Recursos obrigatórios*

São os recursos interpostos pelo MP em cumprimento de expressa imposição constitucional: (i) recursos de decisões positivas de inconsti-tucionalidade, em que se recusou a aplicação de normas constantes de actos legislativos ou equiparados (art. 280.°/3); (ii) recursos de decisões negativas de inconstitucionalidade, aplicadoras de normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo TC (art. 280.°/5).

O TC tem entendido, porém, que cessará a obrigatoriedade do recurso do MP, nos termos do art. 280.°/5, quando houver alteração da jurisprudência no sentido da não constitucionalidade (cfr. Acs. TC 230/87, 239/87, 248/87, 291/87, 306/87, 389/87, 390/87). Nestes casos poderia mesmo, admitir-se, a desistência dos recursos interpostos com base na jurisprudência anterior no sentido da inconstitucionalidade.

1.4 ***Quanto aos actos normativos sujeitos a controlo***

O recurso para o TC não se circunscreve a decisões que aplicam actos normativos de valor legislativo (ou de valor equiparável); ele pode ter como objecto quaisquer normas (cfr. *supra)* desde que elas tenham sido consideradas, pelo juiz *a quo,* relevantes para a causa, e *desaplicadas* por inconstitucionalidade (decisão positiva), ou *aplicadas,* não obstante a invocação de inconstitucionalidade (decisão negativa).

No seu texto primitivo, a Constituição de 1976 estabelecia uma radical separação, para efeitos de recurso, entre normas constantes de lei, decreto-lei, decreto-regional ou diploma equiparável (art. 282.°/l, a antiga redacção) e normas constantes de outros diplomas (art. 282.73): (1) no primeiro caso, poderia haver recurso e esse recurso era mesmo obrigatório quanto ao Ministério Público; (2) na segunda hipótese, os tribunais julgavam definitivamente. De acordo com a LC n.° 1/82, a distinção continua a ter algum relevo, mas apenas para efeitos de recurso obrigatório do Ministério Público (art. 281.71-c).

A prática dos nossos tribunais tinha já demonstrado como era claudi-cante, quanto à defesa dos cidadãos, o regime de irrecorribilidade de certos

actos normativos. Os juizes tinham aplicado numerosas posturas e regulamentos inequivocamente inconstitucionais, mas o cidadão viu-se sem defesa pelo facto de: (1) não se poder recorrer da decisão de constitucionalidade; (2) a norma constar de diploma insusceptível de recurso. O primeiro problema foi resolvido pela admissibilidade de recurso contra a decisão de constitucionalidade; o segundo foi solucionado com a possibilidade de recurso, embora só pela parte que suscitou a inconstitucionalidade ou ilegalidade (cfr. art. 281.74), contra decisões de inconstitucionalidade, qualquer que seja o diploma donde conste o acto normativo impugnado.

2. Análise dos recursos

2.1 *Recurso por inconstitucionalidade* (= *recurso de decisões positivas) e recurso por constitucionalidade (= recurso de decisões negativas)*

Consagram-se dois tipos de recursos das decisões dos tribunais: (1) que *recusem* a aplicação de qualquer norma por inconstitucionalidade (art. 280.71-a)[10]; (2) que *apliquem* norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o julgamento (art. 280.°/ \-*b).*

Recurso por constitucionalidade (= decisão negativa de inconstitucionalidade), mas com características específicas, é o recurso de decisões de rejeição de inconstitucionalidade de normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo TC (art. 280.75). Contemplam--se seguramente dois casos: (i) a norma foi julgada inconstitucional em decisão de recurso de inconstitucionalidade; (ii) foi julgada inconstitucional e desaplicada pelo próprio TC (ex.: em recursos eleitorais)".

O primitivo sistema da Constituição de 1976 só admitia recurso para a Comissão Constitucional quando os tribunais se recusassem a aplicar uma norma constante de lei, decreto-lei, decreto regulamentar, decreto regional ou diploma equiparável, com fundamento em inconstitucionalidade (art. 282.71, na redacção originária).

Afastava-se, assim, a hipótese de recurso nos casos em que, não obstante o incidente de inconstitucionalidade, os tribunais decidissem pela *consti-*

[10] Esta recusa de aplicação não tem de ser expressa, bastando uma simples *recusa implícita* de aplicação com fundamento em inconstitucionalidade para se poder desencadear o recurso para o TC. Cfr. Ac. TC n.° 14/83, de 26-10, e Ac. n.° 27/84. DR II, de 4-3-84; 150/92, DR, II de 8.1.

[1'] Já não é tão líquido o caso de norma considerada inconstitucional pelo TC em sede de fiscalização preventiva, mas posteriormente confirmada e editada. Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 280.°.

tucionalidade da norma ou normas em discussão. Isto constituía uma grave restrição das possibilidades de defesa dos cidadãos e um notável esvaziamento do *princípio da constitucionalidade das leis.* Por um lado, muitos tribunais mostravam-se mais inclinados para a conservação das normas legais (e até infralegais) do que para a observância da força normativa superior das normas constitucionais. Por outro lado, não existindo, entre nós, uma *acção constitucional de defesa* ou um *recurso de amparo,* o recurso contra a «decisão de constitucionalidade» podia ser o único meio de os cidadãos reagirem contra um *favor legislatoris* exagerado (sobretudo em relação a leis pré-constitucionais) e defenderem os seus direitos lesados por leis inconstitucionais mas interpretadas conformes à constituição pelo juiz.

2.2 *Recursos facultativos e recursos obrigatórios*

Os recursos facultativos de partes e os recursos obrigatórios do MP têm lógicas diferentes. Os primeiros destinam-se, em geral, a defender interesses subjectivos (mas não só) e daí o seu carácter facultativo. Os segundos destinam-se a salvaguardar princípios objectivos da ordem jurídico-constitucional, assim se justificando o seu carácter obrigatório.

a) *Decisões judiciais de acolhimento da inconstitucionalidade* (art. 280.71-a)

Nestes casos, o recurso é facultativo quanto às partes e obrigatório quanto ao Ministério Público (art. 280.73) se a norma desapli-cada por inconstitucionalidade constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar. A obrigatoriedade destes recursos é justificada pelo princípio da *presunção da constitucionalidade das leis* (e actos com valor equivalente).

Este princípio levaria, rigorosamente, a excluir a obrigatoriedade de recurso dos decretos regulamentares.
A equiparação do decreto regulamentar a leis e decretos confirma, no fundo, a doutrina da Constituição de 1933, que tornava extensivo o regime da inconstitucionalidade aos decretos regulamentares pelo facto de também estes exigirem promulgação do Presidente da República. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual,* Vol. II, p. 686. Mas é uma doutrina que nada justifica no actual orde-namento: actos legislativos são as leis, os decretos-leis e os decretos-legisla-tivos regionais (cfr. art. 115.71).
Os decretos regulamentares, não obstante a necessidade de promulgação pelo PR (cfr. art. 137.*°lb),* são inequivocamente regulamentos do Governo (art. 115.7 6), editados no exercício da função administrativa e não no exercício da função legislativa. Porquê então a presunção de constitucionalidade se eles não são actos legislativos? Não é líquido se nos decretos regulamentares se incluem os decretos regulamentares regionais.

b) *Decisões judiciais de rejeição da inconstitucionalidade* (art. 280.°/ /1-b)
Dado que não está em causa a defesa do princípio do *favor legis* e dado o carácter concreto e incidental da questão, a legitimidade processual para recorrer é apenas reconhecida à parte que suscitou a questão da inconstitucionalidade (art. 280.74 da CRP e art. 72.72 da LTC).
c) *Decisões de rejeição de inconstitucionalidade de normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo TC* (art. 280.75)
A legitimidade processual activa é reconhecida à parte que eventualmente tenha levantado o incidente da inconstitucionalidade, como no caso anterior, e ao Ministério Público (cfr. art. 72.73 da LTC). A obrigatoriedade deste recurso por parte do MP justifica-se em nome da prevalência do Tribunal Constitucional em questões de inconstitucionalidade: nenhuma norma já considerada inconstitucional pelo TC pode voltar a ser aplicada pelos tribunais, sem que o órgão ^urisdicio-nal especificamente competente para julgar questões de inconstitucionalidade a volte a reapreciar. É duvidoso se a legitimidade processual não deverá aqui estender-se à parte que não suscitou o incidente.
2.3 *Recurso directo para o TC e recurso com exaustão dos recursos ordinários*
a) *Recurso de decisões positivas de inconstitucionalidade (- decisões de acolhimento)*
O regime é este: (1) o tribunal onde se suscita o incidente da inconstitucionalidade de uma norma desaplica (como no sistema difuso puro) a norma impugnada; (2) da decisão do tribunal pode haver recurso, restrito à questão da constitucionalidade, directamente para o Tribunal Constitucional, tal como acontece nos sistemas de controlo concentrado; (3) as partes podem, porém, esgotar os recursos ordinários que no caso caibam (exaustão de recursos) antes de interporem recurso, restrito à questão da inconstitucionalidade, para o TC[12].
[12] O mesmo não acontece quanto aos recursos obrigatórios do MP: estes devem ser feitos imediatamente para o TC, mesmo que a causa ainda admita outros recursos ordinários.

No texto originário da CRP impunha-se o esgotamento dos recursos ordinários e só uma vez esgotados estes se poderia interpor recurso para a Comissão Constitucional (art. 282.71, na redacção originária).
A possibilidade de recurso directo no caso de decisões positivas e a exaustão de recursos no caso de decisões negativas tem a sua justificação, embora possam ser invocados argumentos contra a inovação do recurso directo introduzido pela LC n.° 1/82. Não era muito lógico que tendo o recurso como objecto exclusivo a questão da inconstitucionalidade, esta devesse ser obrigatoriamente apreciada por outros tribunais (embora superiores) não competentes para decidir, a título principal, problemas de inconstitucionalidade. O regime actual é mais consentâneo com a natureza incidental da questão de inconstitucionalidade e com a própria razão de ser do controlo concentrado com a base num controlo difuso (cfr. arts. 70.° ss da LTC).

b) *Recurso de decisões negativas de inconstitucionalidade* (= decisões de rejeição)

O recurso referente às decisões negativas de inconstitucionalidade apresenta um regime específico, cujos contornos processuais são definidos pela LTC, ao abrigo da autorização constitucional do art. 280.74 (cfr. LTC, arts. 70.72 e 76.72): (i) diferentemente do que acontece nos recursos de decisões positivas, impõe-se aqui a *exaustão de recursos,* isto é, os recursos só podem ser interpostos de decisões que já não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam (cfr. LTC, art. 70.72); (ii) de modo diverso também do que acontece nos recursos de decisões positivas, a legitimidade para recorrer é aqui restrita à parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade (cfr. CRP, art. 280.74, e LTC, art. 72.72); (iii) o recorrente pode suscitar a questão da inconstitucionalidade em qualquer fase do processo, mas, antes de proferida a decisão final e esgotado o poder jurisdicional do juiz *a quo.*

As razões deste regime são óbvias: se o juiz *a quo* já aplicou a norma, proferindo a decisão, não se pode depois pretender que venha desaplicar a norma, arguindo a sua inconstitucionalidade já depois de proferida a decisão recorrida. Isto justifica também a inadmissibilidade de arguição da inconstitucionalidade feita no requerimento do recurso, se a parte não a invocar durante o processo no tribunal *a quo.*
As razões do texto a favor da solução consagrada no diploma constitucional não ignoram que o «princípio da exaustão dos recursos ordinários» da decisão jurisdicional poderia facilitar a solução do próprio problema da inconstitucionalidade, limitando o acesso ao TC depois de a questão ter sido analisada por toda a hierarquia jurisdicional. As partes poderão, se o regime processual o permitir, esgotar os recursos (para os quais deverão ter outros fundamentos que

não apenas a questão da inconstitucionalidade) e recorrer, finalmente, para o Tribunal Constitucional; mas também poderão optar por considerar a questão da *inconstitucionalidade* como o problema principal e decisivo e recorrer logo para o Tribunal Constitucional[13].

O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de, em vários acórdãos, precisar o sentido do enunciado *durante o processo* (Ac. 2/83, 151/86, 152/86, 94/88). A questão da inconstitucionalidade poderá ser levantada após a decisão final e até ao trânsito em julgado nos casos de incompetência absoluta. O TC julgou temporalmente intempestivo suscitar a questão, pela 1.ª vez, em requerimento de aclaração ou arguição de nulidades da decisão recorrida, no requerimento de interposição de recurso para o TC (Ac. 69/85 e 339/86) ou nas alegações deste recurso (Ac. 122/84). Admite-se, porém, a invocação de questões da inconstitucionalidade feita em reclamação da decisão final quando o interessado não tiver tido intervenção processual possibilitadora do levantamento da questão da inconstitucionalidade antes da decisão final (cfr., por último Ac. TC 61/92, DR, II, 11-2).

Não é também líquido o âmbito da fórmula *"esgotamento de recursos ",* discutindo-se se basta (cfr. Ac. TC 8/88), a preclusão de utilização do recurso (decurso do prazo, renúncia). Por sua vez, a noção de *recurso ordinário* não está aqui utilizada em sentido processual rigoroso, abrangendo inclusivamente rea-clamações para o presidente do tribunal *ad quem* dos despachos pe não' recebimento dos recursos interpostos no tribunal *a quo* (cfr. Ac. 156/90).

2.4 *Incidente de ilegalidade e recurso por ilegalidade*

A fiscalização difusa e concreta pode relacionar-se com um *incidente de ilegalidade.* Daí que se tenha consagrado o recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais: (1) que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na *sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado* (art. 280.72/a); (2) que recusem a aplicação de normas de diplomas regionais com *fundamento* em *ilegalidade* por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República (art. 280.72-fc); (3) que recusem a aplicação de normas constantes de diplomas dos órgãos de soberania com fundamento em ilegalidade por violação da lei estatutária (art. 280.72--c); (4) que *apliquem* norma cuja ilegalidade haja sido suscitada com qualquer dos fundamentos referidos em (1), (2) e (3).

[13] Cfr. porém, art. 70.°/3 da LTC onde se estabelece que «não é admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso obrigatório, nos termos da respectiva lei processual». O destinatário desta norma só pode ser o Ministério Público, pois, caso contrário, é ela mesma inconstitucional se quiser restringir o direito de recurso de decisões positivas de inconstitucionalidade reconhecido às partes.

No regime primitivo da Constituição de 1976 admitia-se uma espécie de controlo abstracto da legalidade dos diplomas regionais (cfr. art. 236.71 e 3, na redacção primitiva), mas era completamente obscuro o regime do controlo judicial difuso de *leis ilegais* (caso de decretos regionais contrários às leis estatutárias e de leis da República não conformes com as leis estatutárias regionais).

O paralelismo com os recursos de inconstitucionalidade é agora claro: pode reagir-se, através de recurso para o Tribunal Constitucional, contra decisões judiciais que recusem a aplicação de normas *legais ilegais* ou apliquem normas cuja ilegalidade foi incidentalmente excepcionada[14].

Repare-se, porém, que o recurso por ilegalidade diz apenas respeito à ilegalidade de normas violadoras da legalidade reforçada ou com incidência regional e não a toda e qualquer ilegalidade. Por outras palavras: o controlo da legalidade a cargo do TC é apenas aquele que tem a ver com as leis reforçadas e com a *autonomia regional e dos limites desta,* não podendo o TC conhecer de *outros fundamentos de ilegalidade* das normas em causa senão por violação de leis reforçadas, do estatuto regional ou das leis gerais da República, conforme os casos[15]. Não se exige, porém que se trate apenas de violação da legalidade reforçada através de outras leis ("leis ilegais"). A Constituição é clara ao referir-se a norma constante de diploma regional (art. 28O.°/2/b) e norma constante de diploma emanado de órgão de soberania, podendo, assim, existir decretos regulamentares e regulamentos regionais directamente violadores da legalidade qualificada e, portanto, sujeitos ao controlo de legalidade pelo TC.

A competência do Tribunal Constitucional para apreciar a *ilegalidade das leis* consagrada pea LC n.° 1/82 e pela LC 1/89 é também uma solução mais coerente do que a do texto constitucional originário. Aqui remetera-se o controlo das questões da ilegalidade para um Tribunal Supremo dentro de ordem judiciária (o STA, segundo L n.° 62/77, de 25 de Agosto), mas a solução não era lógica: (1) os problemas de legalidade das leis regionais são, em grande parte, *litígios de competência* constitucional que devem ser atribuídos ao órgão idóneo para resolver estes litígios (órgão constitucional); (2) alguns problemas de ilegalidade das leis podiam eventualmente reconduzir-se a

[14] Não há, porém, um paralelismo total quanto ao regime dos dois recursos, pois a CRP não prevê o recurso obrigatório por ilegalidade a cargo do MP, quando a norma desaplicada constar de convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar. A favor da igualdade de regimes cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação art. 280.°.

[15] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 280.° Cfr. também Acs. TC 113/88, 169/88, 219/88.

uma violação do bloco de legalidade reforçada, pelo que, rigorosamente, deviam ficar sujeitos ao mesmo regime inconstitucionalidade.

3. Efeitos das decisões do TC

Diversamente do que acontece em relação aos efeitos das decisões do TC em sede de fiscalização abstracta (cfr. art. 282.°), a CRP não esclarece os efeitos das decisões do TC em sede de fiscalização concreta. Do regime dos recursos consagrado na CRP (art. 280.°) e na LTC (arts. 70 ss) deduzem-se, como efeitos principais das decisões do TC incidentes sobre recursos de controlo concreto da inconstitucionalidade, os seguintes.

3.1 *Decisões de provimento*

Trata-se das decisões do TC que julgam inconstitucional a norma incidentalmente impugnada.

í

a) *Eficácia limitada ao caso concreto (inter partes).*

A decisão do TC, julgando inconstitucional (ou ilegal) uma norma em recurso do controlo incidental feito pelos tribunais, só tem efeitos na decisão recorrida proferida pelo tribunal *a quo.*

b) *Efeitos de caso julgado no processo*

A decisão do TC faz *caso julgado* no processo. A norma julgada inconstitucional pelo TC não pode ser aplicada no processo recorrido, nem por qualquer outro tribunal que venha a conhecer dele em fase de recurso (cf. LTC, art. 80.71). Discutível é a questão da extensão do caso julgado à interpretação em conformidade com a Constituição feita pelo TC (LTC, art. 80.73).

c) *Efeitos restritos à questão da inconstitucionalidade*

A decisão do recurso, pelo TC, faz caso julgado no processo, mas apenas no que respeita à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade. Se o recurso para o TC é restrito à questão incidental da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, a decisão do TC tem de incidir apenas sobre esta mesma questão (e não sobre a questão principal da causa). Consequentemente, o TC não é uma superinstância de recurso com possibilidade de se substituir ao tribunal recorrido para

proferir uma decisão de mérito sobre a causa principal; ele é um órgão de recurso para conhecer da violação do «bloco da constitucionali-dade» e do «bloco da legalidade reforçada», e, nestas vestes, pode revogar total ou parcialmente a decisão recorrida, ordenando que o tribunal *a quo* proceda à reforma da sentença por ele proferida a fim de se conformar com a decisão do TC quanto à questão da inconstitu-cionalidade ou da ilegalidade (cfr. LTC, art. 80.72)[16].

3.2 *Decisões de não provimento*

A decisão do TC que proferir uma *decisão negativa* da *inconstitucionalidade* da norma é *vinculante* em relação ao processo *a quibus.* O juiz da causa resolve a questão aplicando a norma impugnada. Por outras palavras: a decisão do TC, rejeitando a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma impugnada, vincula o tribunal recorrido (e quaisquer outros tribunais que eventualmente venham a conhecer do processo), não podendo a norma vir a ser desaplicada por motivo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

Qualquer que seja o tipo de *decisão de não provimento* o sentido desta decisão não é o de «declarar» positivamente a regularidade constitucional da norma ou normas impugnadas, mas tão-somente o de julgar insubsistente um determinado vício em determinadas normas a aplicar a um caso concreto e que foram objecto de recurso de inconstitucionalidade. As normas podem ser inconstitucionais sob outros pontos de vista não considerados pelo Tribunal, porque sobre eles não incidiu qualquer dedução em juízo (perante o juiz *a quo* ou no próprio recurso). Consequentemente, a norma é susceptível de vir a ser considerada inconstitucional por outros motivos e pode até acontecer que, sobre idêntica questão, o Tribunal proceda, noutros casos, a reexame dos argumentos, concluindo pela irregularidade dos preceitos constitucionais, julgados, num primeiro momento, conformes com a Constituição. O efeito da decisão de

[16] A solução legal portuguesa quanto ao valor, restrito ao processo, das decisões, não é a solução acolhida noutros ordenamentos em que as decisões dos tribunais constitucionais não têm apenas valor de caso julgado *inter partes (Rechtskraft),* mas também *eficácia obrigatória ou vinculante 'inter omnes',* isto é, eficácia em relação a todos os tribunais e autoridades públicas. Mesmo no sistema português as decisões em fiscalização concreta podem vir a ter indirectamente efeitos mais vastos: (1) obrigam a recursos oficiosos do MP, se algum tribunal vier aplicar as normas já julgadas inconstitucionais (art. 28O.°/5); (2) conduzem à declaração com força obrigatória geral quando o TC julgar inconstitucional uma norma em três casos concretos (art. 281.72). Cfr. Oliveira Ascensão, «Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes de direito», in Jorge Miranda (org.), *Nos Dez anos da Constituição,* cit.

nao provimento é, pois, o da simples *preclusão,* limitada ao processo no qual se sustentou o incidente de inconstitucionalidade[17].

3.3 *O problema das* decisões *interpretativas do TC*

As decisões do TC proferidas em recurso podem não se limitar aos dois tipos puros acabados de assinalar (sentenças ou decisões positivas = sentenças de acolhimento da inconstitucionalidade, e sentenças ou decisões negativas = decisões de rejeição da inconstitucionalidade). Nestes tipos de sentença o TC procede da seguinte forma:

(1) julga pura e simplesmente inconstitucional uma determinada norma (decisão positiva de inconstitucionalidade ou decisão de acolhimento integral da inconstitucionalidade);

(2) rejeita pura e simplesmente a inconstitucionalidade de uma norma (decisão negativa de inconstitucionalidade ou decisão de rejeição integral da inconstitucionalidade). *f*

O TC pode, porém, proferir *decisões interpretativas, quer de acolhimento quer de rejeição:*

(1) *decisão interpretativa de acolhimento:* quando uma norma considerada constitucional pelo tribunal recorrido (decisão negativa) é julgada inconstitucional pelo TC: (i) por este considerar manifestamente insustentável a interpretação da norma no sentido da constitucionalidade feita por esse tribunal; (ii) entender que os sentidos possíveis e razoáveis da norma conduzem à sua inconstitucionalidade;

(2) *decisão interpretativa de rejeição:* quando uma norma julgada inconstitucional pelo tribunal *a quo* (decisão positiva) é considerada como constitucional pelo TC, desde que ela seja interpretada num sentido conforme a Constituição (interpretação adequadora), diferente do atribuído pelo tribunal recorrido (cf. Ac TC 63/85, DR, 12-6-85).

[17] Discutível, em termos teóricos, é o problema de saber se a preclusão se limita a impedir a reproposição da questão da inconstitucionalidade na fase do processo *a quo* ou se se estende a todos os trâmites subsequentes, designadamente recursos para tribunais superiores (cfr., porém, art. 80.° da LTC). Cfr. a discussão teórica em G. Zagrebelsky, *Giustizia Costituzionale* p. 185; G. Monteleone, *Giudizio Incidentale sulle Leggi e Giurísdizione,* Padova, 1984, p. 105.

A LTC (art. 80.73) admite a possibilidade de *decisões ou sentenças interpretativas* do TC, devendo a norma ser aplicada no processo em causa com a interpretação por ele dada. Resta saber se o «abuso» de sentenças interpretativas não colidirá com o princípio da conformidade funcional e com a própria natureza da função jurisdi-cional (cfr. *infra,* Cap. 30, C, II e **III)**[18].

3.4 *Natureza do recurso para o TC*

Esta questão foi discutida a propósito da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional. Alguns autores (cfr. Barbosa de Melo / Cardoso da Costa / Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição,* p. 259) entendiam que este recurso para o Tribunal Constitucional só devia ser admitido quando a inconstitucionalidade derivasse da violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Tratar-se-ia, pois, de uma espécie de «recurso de amparo» ou de «acção constitucional de defesa», só admitidos quando haja lesão de direitos fundamentais dos cidadãos. Esta posição parece-nos insustentável: (1) em primeiro lugar, se se queria consagrar uma *acção constitucional de defesa* por violação de direitos fundamentais, ela devia configurar-se como verdadeira *acção directa* (mesmo com exigência de esgotamento de recursos ordinários) abrangendo *inclusive* actos lesivos dos direitos fundamentais que não são actos normativos (ex.: lesão por actos judiciais); (2) o recurso tem como base um controlo concreto, no seu sentido clássico, nunca se tendo entendido que na fiscalização concreta as partes só pudessem suscitar a inconstitucionalidade de normas que lesassem os seus direitos. Exigia-se, sim, e apenas, que as normas fossem relevantes para a causa.

A natureza do recurso continuou posteriormente a ser discutida pela doutrina portuguesa. Mantendo a posição acabada de criticar, isto é, a posição que defende estar subjacente ao recurso constitucional a ideia de recurso de amparo» ou de «queixa constitucional», *vide* Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais,* cit., pp. 65 e 341. No sentido do texto, sustentando que o «recurso de amparo só muito vagamente terá semelhanças com a hipótese de recurso directo para o TC» cfr. Vitalino Canas, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional,* Lisboa, 1984, p. 21, nota 4. Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 376, refere o «carácter misto» deste recurso para o TC: «não tem somente uma finalidade subjectiva de defesa dos direitos e inte-resses das pessoas, tem também uma finalidade objectiva de defesa de integridade da ordem jurídica». No plano jurisprudencial, cfr., por ex., Ac. TC n.° 2/83,

[18] Cfr. os vários tipos ou modelos de sentenças interpretativas em Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 280.°, e Vitalino Canas, *Introdução às decisões de Provimento,* cit., p. 74; Nunes de Almeida, «O Tribunal Constitucional e as suas decisões», in Baptista Coelho (org.), *Portugal, Sistema Político e Constitucional,* p. 941 ss. No plano jurisdicional, cfr. Acs. TC 128/86, DR, II, 12-3, e 39/86, DR, II, 14-5.

DR II, 19-7-83, que se refere à introdução do «direito de queixa constitucional» através da LC n.° 1/82, mas, a nosso ver, esta caracterização não é rigorosa, ou, pelo menos, é unilateral.

4. O recurso para o Plenário

A CRP consagrou, através da LC 1/89, a possibilidade de "recurso para o pleno do Tribunal Constitucional das decisões contraditórias das secções no domínio de aplicação da mesma norma" e cometeu à lei o encargo de regulamentação deste recurso (cfr. CRP, art. 226.73). No espírito do legislador da revisão estavam certamente presentes decisões marcadas pela radical divergência entre as duas secções (de que foi exemplo paradigmático a divergência quanto à hierarquia das normas convencionais internacionais).

A fim de garantir alguma segurança através da uniformização de decisões jurisprudenciais, a LTC estabeleceu dois mecanismos:

(1) *intervenção do Plenário,* nos termos do art. 79.°-AI da LTC;

(2) *recurso para o Plenário,* de acordo com o preceituado no art. 79.°-D da LTC.

Através do primeiro instrumento processual evita-se a divergência de decisões entre as secções do TC; mediante a utilização do mecanismo processual do *recurso para o Plenário* procura-se, também, obter a mesma uniformização. Este recurso para o Plenário é *obrigatório* para o Ministério Público quando intervir no processo como recorrente ou como recorrido (LTC, art. 79.°-D/l).

C I *O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRACTA*

Ao lado do controlo difuso e concreto — o controlo tradicional português de fiscalização da constitucionalidade — a Constituição de 1976 consagrou um *controlo concentrado e abstracto de normas.* Por *controlo de normas* entende-se o processo constitucional dirigido à fiscalização e decisão com força obrigatória geral (com força de lei) da validade formal ou material de uma norma jurídica.

Na terminologia antiga falava-se também aqui de fiscalização jurisdicional ou judicial *(richterliche Prtifungsrecht).* Mas convém, como já se frisou, distinguir entre *Prtifungsrecht* ou *judicial review* dos tribunais e *Verwerfungskompe-*

tem, ou seja, competência para declaração geral e obrigatória da inconstitucio-nalidade de uma norma, concentrada num único órgão (Tribunal Constitucional).

O controlo abstracto pode fazer-se antes de os diplomas entrarem em vigor — *controlo preventivo* —, ou depois de as normas serem plenamente válidas e eficazes — *controlo sucessivo.*

O controlo abstracto sucessivo, também chamado controlo em «via principal», em «via de acção» ou em «via directa» (cfr. art. 281.°), existe quando, independentemente de um caso concreto, se averigua da conformidade de quaisquer normas com o parâmetro normativo-cons-titucional. O Tribunal Constitucional actua como «defensor da constituição» relativamente ao legislador e como órgão de garantia da «legalidade reforçada».

I — Requisitos processuais **1. Requisitos objectivos**

A CRP, no texto fixado pela LC n.° 1/82, não contém (ao contrário do que acontecia com a versão original) a individualização dos actos sujeitos a controlo principal de inconstitucionalidade. No art. 281.°/1 diz-se apenas que o TC aprecia e declara com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de *quaisquer normas.* Esta cláusula geral torna inequívoco: (1) que a fiscalização abstracta de inconstitucionalidade se estende a todos os actos normativos; (2) que ficam fora do controlo os actos que não revestirem o carácter ou não contiverem normas jurídicas (ex.: actos administrativos). Cfr. *supra,* Cap. 27, D, 1 e 2.

A Comissão Constitucional entendeu que o conceito de normas deveria ser tomado num duplo sentido: (1) estatuições correspondentes a actos com força de lei, quer se trate de actos legislativos gerais e abstractos, quer de actos concretos e particulares; (2) estatuições gerais e abstractas contidas em actos sem força de lei. No primeiro caso, adere-se a um *conceito formal de acto normativo:* normas são «estatuições» constantes de actos legislativos, quer estes se configurem como «leis clássicas» ou como leis-medida (leis particulares e concretas). Este conceito seria temperado por um *conceito material:* seriam ainda normas as «estatuições» que, não obstante a ausência da forma da lei, tivessem natureza geral e abstracta. Cfr., por ex., Parecer n.° 3/78, in *Pareceres,* Vol. 4.°, pp. 227 ss; Parecer n.° 6/78, in *Pareceres,* Vol. 4.°, p. 306; Parecer n.° 39/79, in *Pareceres,* Vol. 10.°, p. 6. Numa linha semelhante, cfr. a jurisprudência do TC expressa, por ex., no Ac. 26/85, *DR,* 11, 26-4-85. Embora a distinção possa e deva merecer objecções, já que ela pressupõe um conceito material de acto normativo, cujos caracteres distintivos seriam a

generalidade e abstracção, não há dúvida que a LC n.° 1/82 tornou claro que serão objecto de controlo quaisquer normas (constantes ou não de actos legislativos), sendo apenas de registar algumas notas específicas no que respeita aos actos com valor de lei (designadamente para efeitos de recurso obrigatório).
Exemplos frisantes do que se acaba de afirmar são o Ac. TC n.° 92/84, DR I, 7-11-84, que declarou inconstitucionais normas constantes de simples *despacho* ministerial que violavam os arts. 13.71 e 51.7 da CRP (equiparação do ensino ministrado em seminários ao ensino oficial), o Ac. TC n.° 74/84, DR I, 11-9-84, que declarou a inconstitucionalidade de uma *postura* municipal que submetia a autorização prévia a propaganda político-partidária, os Acs. 40/84, 202/86 e 265/86, in DR II, de 7/7/84, 26/8/86, 29/11/86, onde se consideraram como susceptíveis de fiscalização os assentos, o Ac. 150/86, em que se consideraram susceptíveis de controlo as regras processuais fixadas por um tribunal arbitrai. Cfr. *supra,* Cap. 27, D, 1 e 2.

Esta cláusula geral pode suscitar dificuldades quanto à extensão e limites da jurisdição constitucional em face da jurisdição contenciosa administrativa, pois, em geral, a primeira aprecia os actos com valor de lei e a segunda os actos normativos não legislativos. Todavia; a fórmula constitucional abrange todas as normas, constem elas de actos legislativos ou de actos regulamentares, desde que esteja em causa, de forma autónoma e principal, uma *questão de inconstitucionalidade.*

Além do requisito objectivo da inconstitucionalidade da norma jurídica, não exige a Constituição nem a motivação do requerimento de declaração de inconstitucionalidade, nem a especificação das normas que se consideram viciadas de inconstitucionalidade — o que não quer dizer que a lei não estabeleça alguns requisitos deste género e que outras exigências processuais não derivem do princípio do pedido — nem que as entidades com legitimidade processual activa não procedam *motu próprio* à fundamentação do pedido e à citação das normas impugnadas (cfr. art. 51.°/1 da LTC).

2. Requisitos subjectivos

Através da fixação dos requisitos processuais subjectivos pretende-se determinar: (1) quem conhece, ou, dito de outro modo, quem tem competência para apreciar, por via de acção e de forma abstracta, a inconstitucionalidade de normas jurídicas; (2) quem tem legitimidade para requerer a apreciação e declaração de inconstitucionalidade (legitimidade processual activa); (3) contra quem se deve dirigir o pedido de apreciação da inconstitucionalidade (legitimidade processual passiva).

A competência para conhecer das acções principais de controlo abstracto de normas é constitucionalmente atribuída, e de forma

exclusiva, ao Tribunal Constitucional (controlo concentrado de incons-titucionalidade). Esta competência está fixada nos arts. 225.°/l e 281.71 -*a* da CRP, e o seu processo de fiscalização vem regulado no art. 62.° ss da LTC.
Têm legitimidade processual activa para solicitarem, a título principal, a fiscalização abstracta de normas jurídicas, as seguintes entidades (art. 281.72):
— Presidente da República
— Presidente da Assembleia da República
— Primeiro-Ministro
— Provedor de Justiça
— Procurador-Geral da República
— Um décimo (1/10) dos deputados à Assembleia da República
— Ministros da República, assembleias legislativas regionais, presidentes das assembleias legislativas regionais, presidentes dos governos regionais, 1/10 dos deputados à respectiva assembleia regional[19].
A *legitimidade processual passiva* (termo que se deve utilizar com cautela dado o carácter não-contraditório do processo) é atribuída ao órgão que editou ou aprovou o acto donde constam as normas sujeitas a controlo: (1) Assembleia da República (através do seu Presidente) no caso de controlo de normas constantes de leis, de tratados internacionais e do regimento; (2) Governo, na hipótese de a fiscalização incidir sobre decretos-leis, decretos regulamentares ou outros regulamentos; (3) assembleias regionais, no caso de decretos legislativos regionais e decretos regulamentares regionais; (4) governos regionais, quando está em causa a inconstitucionalidade de regulamentos regionais; (5) autarquias locais, sempre que for impugnada a inconstitucionalidade de posturas ou regulamentos locais. São estas as entidades que, por princípio, deverão ser ouvidas e que têm legitimidade para sustentar a regularidade do acto normativo por elas editado e cuja inconstitucionalidade foi objecto de pedido de apreciação perante o TC (cfr. art. 54.° da LTC).
[19] Nada obsta a que as entidades com legitimidade processual possam requerer a apreciação da inconstitucionalidade não só por iniciativa própria, mas também precedendo de *petição* de cidadãos ou grupos de cidadãos. Para efeitos processuais junto do TC devem, porém, apresentar requerimento autónomo de solicitação, apreciação e declaração de inconstitucionalidade.

II — Princípios de processo

Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não é um *processo contraditório,* no qual as partes «litigam» pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um *processo objectivo* sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva). Mas se o processo principal de fiscalização abstracta não é um processo contraditório (embora, nos termos do art. 54.° da LTC esteja assegurado o princípio *audiatur et altera pars,* ou seja o princípio do contraditório), tão--pouco é um *processo inquisitivo,* a iniciar, *ex officio,* pelo Tribunal Constitucional. O Tribunal só actua a *pedido* de certas entidades (cfr. art. 281.72) e só pode pronunciar-se sobre as normas cuja apreciação tiver sido requerida (delimitação do objecto do pedido). Cfr./LTC, art. 51.71 esegs.

A Comissão Constitucional realçou este princípio do controlo da consti-tucionalidade por via geral e abstracta no Parecer n.° 22/78, in *Pareceres,* Vol. 6.°, pp. 183 ss: «Não pode o Conselho da Revolução pronunciar-se *oficiosamente* sobre questões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral», dado valer aqui o clássico princípio de *nemo judex sine actore ou ne judex procedat ex officio.* Todavia, pedida a declaração de um tipo de inconstitucionalidade, o TC pode declarar a inconstitucionalidade com base em vício diferente (ex.: inconstitucionalidade material em vez de inconstitucionalidade orgânica ou formal). O Tribunal Constitucional está condicionado, nos seus poderes de cognição, pelo pedido mas não pela causa de pedir (cfr. Ac. TC n.° 31/84, DR I, 17-4-84). Já mais duvidosa é a substituição da declaração de ilegalidade por uma declaração de inconstitucionalidade e vice-versa. Contra a admissibilidade desta «conversão» poderá argumentar-se que a substituição da declaração da inconstitucionalidade pela da ilegalidade significa um claro entorse ao princípio do pedido. A favor desta possibilidade é legítimo argumentar-se com *o princípio do acesso directo dos juizes à Constituição:* os tribunais não podem aplicar normas inconstitucionais (art. 207.°) e como o TC é um tribunal está constitucionalmente obrigado a ponderar todos os aspectos relevantes para as questões de constitucionalidade de normas que lhe tenham sido submetidas à apreciação.

III — Efeitos das decisões do TC

1. Sentenças declarativas de inconstitucionalidade

A sentença ou decisão do Tribunal Constitucional em processo de fiscalização abstracta produz efeitos jurídico-materiais e efeitos jurídico-processuais.

1.1 ***Vinculatividade das*** *decisões*

1.1.1 *Força de caso julgado*

À semelhança do que acontece com as outras decisões dos tribunais, também as sentenças do Tribunal Constitucional têm a força de *caso julgado formal* e *material* (cfr. *supra,* Parte IV, Padrão I). *Res judicata* em sentido formal são decisões finais, insusceptíveis de recurso, preclusivas de repropositura da questão por elas resolvidas no mesmo processo. Como *caso julgado material* (na medida em que se não distinga o efeito de caso julgado da eficácia *erga omnes),* a sentença do Tribunal Constitucional vale para todos.

1.1.2 *Força obrigatória geral*

As decisões do TC que declarem, de forma abstracta, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, têm força obrigatória geral (cfr. art. 282.°/l da CRP e art. 66.° da LTC). Costuma sintetizar-se o sentido desta fórmula recorrendo às ideias de *vinculação geral (Bindungswirkung,* na terminologia germânica) e de *força de lei (Gesetzeskraft):* (i) vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade vinculam — mas apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* — todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas; (ii) força de lei, porque as sentenças *têm valor normativo* (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional.

Note-se que a força de lei neste sentido não significa que as sentenças declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade tenham exactamente a mesma natureza das leis; elas são «semelhantes às leis» quanto a alguns

efeitos, mas não são formalmente actos legislativos nem criam normas jurídicas. Precisamente por isso, não há possibilidade de requerer a declaração de inconstitucionalidade das próprias sentenças nem o próprio TC pode eliminá--las como pode o legislador fazer em relação às leis que edita. Cfr., sobre isto, WISCHERMANN, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen,* Berlin, 1979; VOGEL, «Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* Tiibingen, Vol. I, 1976, pp. 575 ss. Cfr. também V. CANAS, *Introdução às decisões de provimento,* cit., pp. 57 ss; BOCANEGRA SIERRA, *El Valor de las Sentencias,* cit., p. 43; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação ao art. 281.°; CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição Constitucional em Portugal,* op. cit.

Força de lei e *vinculação geral* de uma decisão do TC declarativa da inconstitucionalidade de uma norma significa, pois, que essa decisão tem uma «força semelhante» à da lei (devendo, como tal, ser publicada no *DR,* art. 122.°/l-g). Mas força de lei com o estalão das normas ou parâmetro de referência (isto é, com valor de normas constitucionais) ou força de lei com o estalão das normas controladas (isto é, com valor idêntico ao dos actos normativos sujeitos a fiscalização)? O sentido da «justiça constitucional» (cfr. *supra)* parece ser no primeiro sentido, o que significaria, em todo o seu rigor, deverem considerar-se as sentenças positivas de declaração de inconstitucionalidade como interpretação autêntica da Constituição (e, consequentemente, com o valor de lei constitucional). Esta conclusão não tem cabimento entre nós, pois a interpretação autêntica da Constituição só pode ser feita por lei com valor constitucional (= lei de revisão)[20].

Em termos práticos, a força de lei de decisões positivas de declaração de inconstitucionalidade pelo TC tem várias refracções.

a) *Vinculação do legislador*

A declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a vinculação do próprio legislador à decisão do TC: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais pelo TC[21]. Tam-

[20] Sobre o sentido de *«Gesetzeskraft»* das decisões dos tribunais constitucionais cfr. as clássicas páginas de C. SCHMITT, «Das Reichgericht ais Hiiter der Ver-fassung» (1929), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze,* 1958, pp. 81 ss; SCHEUNER, «Ver-fassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», in *DÕV,* 1980, p. 477.

[21] A não ser que a inconstitucionalidade tenha sido motivada por vícios orgânicos ou de forma e desde que a norma reeditada observe os preceitos constitucionais anteriormente violados.

bém lhe está vedado vir neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) através da convalidação retroactiva, por acto legislativo, de actos administrativos praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC [22]. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral — Constituição-sentença-lei — em que o parâmetro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade[23]. A proibição abrange os casos de recuperação do conteúdo da lei declarada ilegal, embora com nova formulação. Estes limites não devem considerar-se, porém, como «eternos», pois poderá acontecer que uma lei constitucional (= lei de revisão) venha «constitucionalizar» a disciplina ou regime jurídico anteriormente considerado inconstitucional (ex. a eliminação da irreversibilidade das nacionalizações na 2.ª revisão da Constituição neutraliza as decisões do TC que declararam inconstitucionais as leis privatizadoras), ou então, permite ao legislador a emanação de nova disciplina com conteúdo idêntico ao de leis declaradas inconstitucionais (ex: a consideração do serviço nacional de saúde como tendencialmente gratuito, nos termos do art. *64/2/a,* na redacção da L 1/89, possibilita ao legislador a adopção de taxas moderadoras).

b) *Vinculação do próprio TC*

Vinculação geral e força de lei significa também a vinculação do TC às suas próprias decisões. Em termos práticos, isso implica, sobretudo, vinculação do próprio TC a decisão de declaração de normas, devendo decidir todos os recursos nele pendentes de acordo com essa declaração[24].

[22] O TC teve oportunidade de se debruçar sobre o assunto em vários acórdãos incidentes sobre o DL n.° 413/78 que convalidou retroactivamente actos administrativos ilegais. Cfr., por ex., Ac. n.° 23/83, DR II, de 1-2-84. Na doutrina, *vide* Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°.

[23] Cfr. por último, A. Ruggeri, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti tra la Corte Constituzionali e il legislatore,* Milano, 1988, p. 23.

[24] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°. A discussão teórica pode ver-se em Sachs, *Die Bindung des Bundes-verfassungsgerichts an seine Entscheidungen,* 1977, p. 25 ss.

c) *Vinculação de todos os tribunais*
Todos os tribunais estão vinculados pelas decisões de declaração de inconstitucionalidade do TC. Isso implica, por ex., a obrigatoriedade de resolverem os processos neles pendentes, «desaplicando» a norma considerada inconstitucional[25].

1.2 Eficácia temporal

1.2.1 *Nulidade 'ipso jure' das normas inconstitucionais*
A declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade de uma norma implica a *nulidade 'ipso jure'* da mesma norma, produzindo efeitos *ex tunc,* ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (cfr. art. 282.71). Por Qutras palavras: a declaração de inconstitucionalidade produz um *efeito de invalidação* da norma porque remonta os seus efeitos à data da sua entrada em vigor. Se os efeitos fossem apenas *ex nunc,* contados a partir da data da publicação da decisão do Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade produziria somente um *efeito revogatório*[26]*.* Esta eficácia *retroactiva* da declaração de inconstitucionalidade significa fundamentalmente duas coisas: (a) *invalidade e cessação de vigência* da norma ou normas declaradas inconstitucionais a partir do momento da entrada em vigor destas normas e não apenas a partir do momento da declaração de inconstitucionalidade; (b) proibição da aplicação das normas inconstitucionais a situações ou relações desenvolvidas à sombra da sua eficácia e ainda pendentes.
Repare-se, porém, que este não é o regime das *inconstitucio-nalidades supervenientes* previsto no n.° 2. Aqui estabelece-se um regime misto ou intermédio entre a eficácia *ex tunc* absoluta e a eficácia *ex nunc:* (a) não se trata de efeitos absolutos *ex tunc,* porque a declaração de inconstitucionalidade não retroage ao momento da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, mas sim ao do

[25] No caso de um tribunal aplicar a norma declarada inconstitucional é possível o recurso para o TC para efeitos de revogação da decisão. Cfr. Gomes Canotilho / / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°. Os problemas são mais complexos quando a declaração de inconstitucionalidade for acompanhada de limitação temporal de efeitos. Cfr. *ob.* e *loc.* cit.
[26] Cfr. Cardoso da Costa, «A Justiça...», cit., p. 69; L. Nunes de Almeida, «A Justiça...», cit. parte III, p. 136.

início da vigência do parâmetro normativo-constitucional posterior; (b) não se trata de efeitos *ex nunc,* porque a declaração não vale apenas *pro futuro;* retroage ao momento da entrada em vigor da norma constitucional superveniente. A retroactividade da sentença declarativa de inconstitucionalidade ou de ilegalidade tem, porém, os seus limites. A própria Constituição menciona *o caso julgado* (art. 282.75). Caso julgado em sentido restrito é toda a decisão jurisdicional que põe termo, de forma definitiva e irretratável a relações ou situações a que foi concretamente aplicada a norma declarada inconstitucional[27].

Não é líquido que a Constituição tenha considerado como limite à retroactividade da declaração de inconstitucionalidade apenas o caso julgado, entendido no sentido restrito acabado de mencionar.

Pode também entender-se que os limites à retroactividade se encontram na *definitiva consolidação* de situações, actos, relações, negócios a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inim-pugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a consequente nulidade *ipso jure,* não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer se que a norma viciada de inconsti-tucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevante a sua subsequente declaração de inconstitucionalidade.

O mesmo já não se verifica relativamente a relações ou situações ainda abertas (por ex.: ainda a discutir em tribunal, ainda não consolidados por qualquer decurso do prazo) e às quais se pode ainda aplicar, com efeitos úteis, a norma declarada inconstitucional. Nestas hipóteses é claro o efeito da declaração de inconstitucionalidade: ela impede a sua aplicação e neutraliza os efeitos jurídicos que dela poderiam resultar. Perante este entendimento, os autores tendem a salientar os efeitos relativos da retroactividade e a questionar se, em rigor, se deverá falar aqui de retroactividade. Esta existiria se, com a declaração da inconstitucionalidade da norma, fosse possível recolocar em discussão as relações já consolidadas e não apenas as relações ou situações pendentes ou em aberto[28].

[27] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°.

[28] Apontando para este sentido, cfr. Vitalino Canas, *Introdução às decisões de Provimento,* cit., p. 74. Na doutrina estrangeira cfr. a recente doutrina italiana que se refere aqui a *«rapporti exauriu»:* Oriani, «Effetti delia dichiarazione di inconstitu-zionalità di norme processuali», in *Rivista di Diritto Processuale,* 1979, p. 445; Garbagnati, «Efficacia nel tempo delia decisione di accoglimento delia Corte Costitu-zionale», in *RDProc,* 1974, pp. 204 ss. Cfr. também Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°.

Verdadeira retroactividade existe, sim, nas hipóteses de *casos julgados* em matéria penal, ilícito de mera ordenanção social e ilícito disciplinar aos quais se aplicaram normas posteriormente declaradas inconstitucionais (art. 282.°/3). A salvaguarda do caso julgado encontra aqui excepções:

— não obstante a consolidação e definitividade posta pelo caso julgado, justifica-se, em nome do princípio do tratamento mais favorável ao arguido, a revisão retroactiva das decisões transitadas em julgado se dessa revisão resultar decisão de conteúdo mais favorável ao arguido (cfr., porém, art. 2.°/4 do Código Penal);

— de qualquer modo, a possibilidade de revisão de sentenças constitutivas de caso julgado tem de ser expressamente decidida pelo TC na sentença em que declare a inconstitucionali-dade da mesma[29];

— as hipóteses mais frequentes de revisão do caso julgado serão porventura: (i) aquelas em que as normas repristinadas não configurem como crime, ilícito disciplinar ou ilícito de mera ordenaç-ão social, actos ou comportamentos considerados como ilícitos pela norma declarada inconstitucional; (ii) aquelas em que leis posteriores à norma declarada inconstitucional estabelecerem um regime mais favorável, e só são aplicadas em obediência à salvaguarda dos casos julgados[30].

Duvidosa será a necessidade de revisão dos casos julgados quando se trate de normas processuais, sem carácter substantivo[31].

1.2.2 *Efeitos repristinatórios*

Dados os efeitos *ex tunc* atribuídos à sentença de declaração de inconstitucionalidade, estabelece a Constituição (art. 282.71, *infine)* a

[19] Esta faculdade do TC não pode ser esvaziada por lei, o que parece acontecer com o art. 2.°/4 do Cód. Penal que ressalva sempre os casos de condenação por «sentença transitada em julgado». Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°.

[30] Cfr. art. 2.°/4 do Cód. Penal que parece em contradição com os arts. 29.°/5 e 282.73 da CRP.

[31] Mas não já quando se trate de normas de processo concretizadoras de garantias processuais constitucionalmente consagradas. Cfr., neste sentido, V. Canas, *Introdução às Decisões de Provimento* cit, pp. 71 ss; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°

repristinação, ou seja, a «reentrada» em vigor da norma ou normas revogadas pela norma declarada inconstitucional. Trata-se de evitar o «vazio jurídico legal» resultante do desaparecimento, no ordenamento jurídico, de normas consideradas inconstitucionais. A repristinação decorre automaticamente da declaração de inconstitucionalidade, pelo que o TC não tem de decidir *expressis verbis* efeitos repristinatórios nem tem de especificar quais as normas repristinadas[32]. Cfr. Ac. TC 76/88, DR 1,21-4-88.

Embora não se estabeleçam restrições aos efeitos repristinatórios, estes não devem aceitar-se incondicionalmente. Tendo em conta a sua razão de ser, é lógico que: (i) existam esses efeitos quando entre *nenhuma norma* e a *norma repristinada,* seja esta a solução mais razoável[33]; (ii) não existam quando a norma declarada inconstitucional não tiver revogado qualquer norma anterior. No caso de a norma repristinada ser inconstitucional não está vedada ao TC a possibilidade de *conhecer* dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios (cfr. Ac. TC 56/84). Mais duvidoso (por violar o princípio do pedido) é a possibilidade de o TC *conhecer* e *declarar* a inconstitucionalidade das normas repristinadas[34].

1.3 *Conteúdo das decisões*

1.3.1 *Limitação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade*

O n.° 4 do art. 281.° é uma norma de particular importância, pois, ao permitir-se ao TC a «manipulação» dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente *normativos.* Articulando os efeitos previstos nos n.^{os} 1 e 2 com os «efeitos mais restritos» referidos no n.° 4, chegamos ao seguinte esquema aproximativo:

[32] Cfr. CAPOTOSTI, «Reviviscenza di norme abrogata e dichiarazione di illegi-timità costituzionale», in *Giur. cost.,* 1974, p. 1403 ss.

[33] A solução da repristinação revela-se geralmente «desrazoável» nos casos de inconstitucionalidade superveniente prevista no n.° 2. Cfr. já, JORGE MIRANDA, *Manual,* Vol. II, pp. 641 ss; VITALINO CANAS, *Introdução às Decisões de Provimento,* cit., pp. 78 e 96 ss; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°. Por último, cfr. NUNES DE ALMEIDA, «A Justiça ...», cit., p. 137; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor Jurídico,* cit., p. 257 ss.

[34] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°; NUNES DE ALMEIDA, «A Justiça...», cit., p. 137.

I — EFEITOS NORMAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONA-LIDADE
(1) efeitos retroactivos = efeitos *ex tunc* (n.os 1 e 2)
(2) nulidade total
(3) efeitos repristinatórios
II — EFEITOS DE ALCANCE MAIS RESTRITO, FIXADOS PELO TC
(1) efeitos *pro futuro* = efeitos *ex nunc*
(2) nulidade parcial v__
(3) efeitos não repristinatórios

É discutível a admissibilidade, entre nós, de certos tipos de sentenças «de conteúdo intermédio», desenvolvidas e afinadas por outros tribunais constitucionais, tais como:

— *«Simples declaração da incompatibilidade da norma com a constituição sem as consequências jurídicas da nulidade»,* se com este tipo de sentenças se quiser configurar a hipótese de efeitos ainda mais restritos do que os da anulabilidade com eficácia *ex nunc.* A não atribuição dos efeitos da nulidade *ipso jure* não pode implicar a sobrevivência e aplicação da norma considerada inconstitucional[35], nem os «perigos» de lacunas legislativas se podem sobrepor aos perigos da erosão do princípio da constitucionalidade dos actos normativos;

— *Declaração de «norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade»,* se com estas sentenças se pretender a continuação da validade de uma norma já inconstitucional até à futura intervenção legislativa[36]. Nas *decisões apelativas,* o Tribunal considera que uma lei ou uma situação jurídica ainda não é inconstitucional mas faz um apelo ao legislador no sentido de «melhorar ou alterar a lei no sentido de evitar o trânsito para a inconstitucionalidade (cfr. Ac. 154/86).

— *Dissociação temporal entre a declaração de inconstitucionalidade e a sua publicação,* a fim de dar tempo ao legislador para a criação de nova disciplina jurídica, pois o problema da

[35] Isto significa que a publicação oficial da decisão do TC é um limite temporal absoluto: uma norma não pode continuar a produzir efeitos após a publicação da decisão que a declare inconstitucional com força obrigatória geral. Cfr. Gomes Cano-tilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 282.°. Cfr. também Ac. TC 272.°/86, DRI, 18-9-86.

[36] Sobre estas hipóteses, num sentido mais favorável à sua admissibilidade cfr. o nosso trabalho *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* p. 206 e, por último, Vitalino Canas, *Introdução às Sentenças de Provimento,* cit., p. 98.

«sintonização» entre a invalidação da norma e a sua substituição pode resolver-se por meios mais transparentes como é, por ex., o da delimitação da eficácia temporal nos termos do art. 282.74.

— *Declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo)* ou *substitutivo,* em que o Tribunal: (1) alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na «parte em que não prevê» certas situações que deveria prever *(sentenças aditivas);* (2) declara a inconstitucionalidade de uma norma enquanto, na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra *(sentença substitutiva).*

Não obstante as categorias das sentenças *aditivas* e *substitutivas* serem originárias da doutrina e jurisprudência italianas que, sugestivamente, utilizam o conceito geral de *sentenças manipulativas (decisioni manipolative)* para designar as técnicas de decisão transformadoras do significado da lei (cfr. ELIA, «Le sentenze additive e la piu recente giurisprudenza delia Corte Costituzio-nale (ottobre-1981 - juglio 85», in *Scritti onore Crisafulli,* p. 229), também já entre nós houve decisões do Tribunal Constitucional que produziram «efeitos normativos» semelhantes aos das sentenças manipulativas italianas. Referimo--nos ao Ac. 143/85 *(«caso do exercício da advocacia por docentes»)* na medida em que «alargou» a excepção à incompatibilidade com o exercício da advocacia a todos os docentes (e não apenas como prescrevia o Estatuto da Ordem dos Advogados aos docentes de disciplinas de direito) e ao Ac. 203/86 *(caso dos beneficiários de pensões),* pois ao julgar-se inconstitucional a norma que mandava aplicar a disposição menos favorável aos beneficiários de pensões fixadas antes de uma certa data, acabou por estender o âmbito de aplicação do regime mais favorável. Cfr. NUNES DE ALMEIDA, «A Justiça...», cit., p. 130.

1.3.2 *A nulidade parcial*

Nem sempre a contradição entre o acto normativo e o parâmetro constitucional é uma contradição total. Poderá acontecer que só uma norma ou algumas normas constantes dos actos normativos estejam em desconformidade com as normas superiores da Constituição. Nestes casos, à semelhança do que acontece com a *nulidade parcial* dos negócios jurídicos em direito privado e com a nulidade parcial dos actos administrativos, a inconstitucionalidade de uma norma não conduz automaticamente à declaração da nulidade das restantes normas *(incomunicação da nulidade).* Fala-se aqui de *nulidade parcial* dos actos normativos. Haverá casos, porém, em que a nulidade parcial

implicará a nulidade total. A nulidade parcial implicará a nulidade total quando, em consequência da declaração da inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter *qualquer significado autónomo (critério da dependência).* Além disso, haverá uma nulidade total quando o preceito inconstitucional fazia parte de uma *regulamentação global* à qual emprestava sentido e justificação *(critério da interdependência)*[1"1].

A Constituição portuguesa não dificulta a possibilidade de nuli-dades parciais. A declaração geral de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (art. 282.°) incide sobre *normas* e não sobre o acto normativo *in totó.* De resto, pode a declaração de inconstitucionalidade incidir sobre um mero segmento *ideal* de um preceito (cfr. Ac. TC n.° 143/85, DR, 1, 3-9-85, e Ac. 58/87, DR I, 17-3-87) questionado no pedido. A este propósito, a jurisprudência constitucional portuguesa tem desenvolvido os contornos conceituais da *inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa* e da *inconstitucionalidade parcial qualitativa (ideal* ou *vertical).* Na primeira, declara-se inconstitucional uma parte da disposição de um período ou frase do texto for-mulador da norma (cfr. Ac. 123/84); na segunda, declara-se inconstitucional um certo segmento ou secção ideal da norma questionada (cfr. Acs. 75/85, 143/85, 336/86)[38].

Vide por todos, W. Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen,* Berlin, 1973 p. 30 ss. Ponto questionável será o de saber se a *nulidade parcial* não constituirá uma manifestação do *princípio da interpretação conforme a constituição.* Com efeito, se o princípio da interpretação conforme a constituição obriga o intérprete a escolher, no caso de equivocidade e pluralidade de sentidos contraditórios, o sentido da lei adequado ao parâmetro constitucional, e se a *nulidade parcial* implica restrição da incidência do vício de ilegitimidade constitucional apenas sobre a norma ou normas desconformes com a Constituição, parece que subjacente a ambos os processos está a ideia de salvar a parte constitucionalmente regular da lei. Há, porém, uma grande diferença entre a inconstitucionalidade parcial e a interpretação conforme com a Constituição: a decisão de inconstitucionalidade parcial tem a força vinculativa geral das decisões de inconstitucionalidade, o que não acontece com a interpretação conforme. Sobre isto cfr. Skouris, *Teilnichtigkeit,* cit., p. 108, e, por último, H. P. Prumm, *Verfassung und Methodik,* cit., p. 112. No plano jurisprudencial, cfr. Ac. TC n.° 15/84, DR II, de 11-5-84, e Parecer da CC n.° 23/82, in *Pareceres,* Vol. 20. Uma análise excelente da problemática teorética da inconstitucionalidade parcial ver-se-á em Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis,* p. 120 ss.

[37] Cfr. Skouris, *Teilnichtigkeit,* cit., p. 31. No plano jurisprudencial cfr., por ex., Ac TC 76/85, DR II, de 8-6.

[38] Cfr. Nunes de Almeida, «A Justiça...», cit., p. 126.

2. Sentenças de rejeição de inconstitucionalidade

A decisão do Tribunal Constitucional pode ser uma sentença de «rejeição» ou de «não acolhimento» do pedido de declaração de inconstitucionalidade. A Constituição regula expressamente os efeitos das sentenças de «acolhimento», mas não contém preceito algum sobre os efeitos das sentenças de rejeição. Do articulado constitucional não se deduzem elementos suficientes para a configuração, como *caso julgado,* da sentença de rejeição. Não há, pois, que equiparar as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de uma norma com as decisões que a não declaram. Estas não têm, por conseguinte, *efeito preclusivo,* pois não impedem que o mesmo ou outro requerente venha de novo a solicitar ao TC a apreciação da cons-titucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional [39]. A solução é, de resto, a única defensável quando se coloca o problema em termos jurídico-constitucionais e jurídico-dogmáticos.

— enquanto a *declaração* de inconstitucionalidade determina a nulidade *ipso jure,* eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a *não declaração* carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a *repropositura* de uma acção directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental;

— a fiscalização abstracta de normas não tem qualquer carácter contraditório nem supõe um «feito concreto» submetido a julgamento, motivo pelo qual não se pode falar, em rigor, de *força de caso julgado* da decisão de não declaração; mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade, a questão não pode ser novamente apreciada sobretudo pelo facto de as normas deixarem de vigorar (cfr. Ac. TC 85/85, in *Acórdãos,* vol. V).

— a decisão de não declaração constitui, deste modo, uma *interpretação da norma conforme a constituição,* o que não impede vir o tribunal, em momentos posteriores, por via de controlo abstracto ou através de recursos por incidente, defender outra interpretação da norma em debate;

39 ' Cfr. L. Nunes de Almeida, «A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado», in *VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus,* cit., p. 133.

— se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de caso julgado, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do *stare decisis* ou da *vincula-ção a precedentes judiciais,* regra esta estranha ao nosso direito e só admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos (cfr. art. 281.72)[40].

O Tribunal Constitucional tem reafirmado as conclusões do texto. Assim, logo no Ac 66/84, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional,* vol. IV, fixou a doutrina de que as «únicas decisões capazes de precludirem a possibilidade de nova apreciação judicial da constitucionalidade de uma norma são as que, sendo proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva, declarem a sua inconstitucionalidade». Vejam-se, porém, as informações de CARDOSO DA COSTA, «A Justiça constitucional...», cit., p. 64, quanto aos desvios a esta regra noutros ordenamentos jurídicos (Alemanha, Áustria, Polónia, Espanha).

D I *O PROCESSO DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE COM BASE EM CONTROLO CONCRETO*

Permite-se o trânsito do controlo difuso para o controlo concentrado quando o Tribunal Constitucional tiver julgado e considerado inconstitucional ou ilegal uma norma em três casos concretos. Neste caso ele poderá fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma (cfr. art. 281.72). Existe aqui um fenómeno de *generalização.* Os efeitos jurídicos não se limitam aos casos concretos já julgados, antes se generaliza o juizo de inconstitucionalidade.

A LC n.° 1/82 eliminou, justamente, a distinção de regimes entre incons-titucionalidades orgânicas ou formais e inconstitucionalidades materiais que, sem motivos ponderosos, se estabelecia para este efeito no primitivo n.° 2 do art. 281.°

O regime português apresenta aqui alguma originalidade. Como o juiz da causa *aplica ou desaplica* as leis, de acordo com os princípios do sistema

[40] Cfr., no mesmo sentido, V. CANAS, *Introdução,* cit., p. 88; Luís NUNES DE ALMEIDA, «A Justiça Constitucional no quadro das Funções do Estado», cit., p. 134. No direito espanhol, cfr. BOCANEGRA SIERRA, *El Valor de las Sentencias,* p. 254.

difuso, e como em Portugal não há a regra do *stare decisis* do sistema americano (vinculação aos precedentes dos tribunais superiores), haveria uma grande diversidade de juízos se não se estabelecesse um modo de uniformização através do sistema concentrado.

Os tópicos fundamentais deste processo são os seguintes:

— é um processo oficioso, cuja iniciativa pertence a qualquer dos juizes do TC ou ao Ministério Público (cfr. art. 82.° da LTC) que promovem a organização do processo com as cópias dos acórdãos donde constam as decisões de inconsti-tucionalidade (cfr. art. 82.° da LTC), remetendo-o em seguida ao Presidente do Tribunal Constitucional;

— a declaração tem força *obrigatória geral* com a mesma eficácia e os mesmos efeitos das decisões proferidas em processo de fiscalização abstracta sucessiva (cfr. art. 282.° da CRP);

— a generalização dos juízos de inconstitucionalidade e consequente declaração com força obrigatória geral deve limitar-se às *normas* que foram julgadas inconstitucionais e nos termos em que o foram, nos três casos concretos (cfr. Acs. TC 30/88, 64/88, 306/88).

— a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral é *publicada,* nos termos do art. 122.°/ 1-/, no *Diário da República* (cfr. também o art. 3.71-a da LTC).

Note-se, porém, que este processo de declaração da inconstitucionalidade com base em controlo incidental *não é automático.* Em termos processuais, trata-se de um novo processo de fiscalização abstracta sucessiva, o que aponta para uma nova apreciação da questão pelo TC (cfr. art. 82.° da LTC). Se a generalização da eficácia das decisões proferidas em controlo concreto não é obrigatória nem automática, já o mesmo não se pode dizer relativamente à obrigatoriedade ou não da declaração, uma vez que o TC tenha chegado à conclusão da inconstitucionalidade[41]. Aqui a solução mais congruente é a de considerar como dever a declaração com força *obrigatória geral.* Cfr. Ac. 64/88, DR, I, 18-4-88. Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, cfr. M. LOBO ANTUNES, "Fiscalização abstracta de inconstitucionalidade" in *Estudos sobre a Jurisprudência,* cit., p. 414.

[41] Cfr., no mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 383. No plano jurisprudencial, cfr. Ac. TC n.° 93/84, DR I, de 16-11-84; Ac. 184/85; DR II, 10-1-86; Ac. 81/86, DR I, 22/4; Ac. 165/86, DR I, 3-6-86; Ac. TC 204/86, DR I, 27-6-86; Ac 119/86, DR 1,30-12-86.

E I *PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRACTA PREVENTIVA (= CONTROLO PRÉVIO DA INCONSTITUCIONALIDADE)*

I — Controlo preventivo e controlo sucessivo

A Constituição de 1976, seguindo outras constituições (particularmente a Constituição francesa de 1958[42]), e retomando uma solução já experimentada no antigo direito ultramarino português[43], consagrou a possibilidade de um controlo abstracto preventivo de alguns actos normativos. O sentido de um controlo que incida sobre *normas imperfeitas* afasta-se, em alguns aspectos, do sentido de um controlo jurisdicional puro. A decisão do tribunal não pode consistir na *anulação* de normas, mas sim numa pronúncia sobre a inconstitu-cionalidade de *decretos* (normas imperfeitas) conducente, em termos mediatos, a uma *proposta de veto* ou de *reabertura do processo legislativo.* Os arts. 278.° ss da CRP estabelecem o regime deste controlo prévio de certos actos normativos, ainda não perfeitos e definitivos. Salientar-se-ão os seus traços mais relevantes (cfr. art. 57 e segs. da LTC).

O processo de fiscalização preventiva apresenta diferenças importantes em relação aos processos de fiscalização sucessiva: (a) a fiscalização preventiva incide sobre uma parte dos actos normativos susceptíveis de controlo *a posteriori,* abrangendo apenas aqueles carecidos de promulgação ou assinatura do PR ou dos MRs para os RAs (e talvez nem todos); (b) a fiscalização preventiva é mais mar-cadamente política do que a fiscalização sucessiva, pois, dada a ime-diaticidade entre a aprovação dos diplomas e a sua fiscalização pelo TC, corre o risco de se transformar em meio ou de legitimar diplomas inconstitucionais de duvidosa constitucionalidade ou, em sentido oposto, num instrumento de obstrução às iniciativas legislativas do governo e do parlamento. A aceitação deste processo e forma de fiscalização radica, assim, na ideia de «mal menor» (P. VILLALON[44]),

[42] Mas este tipo de controlo é conhecido e consagrado noutros ordenamentos constitucionais (italiano, finlandês, brasileiro, etc). Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* Vol. II, p. 356.

[43] Cfr. L n.° 5/72, de 23 de Junho, Base XXXVIII.

[44] Cfr. A. CRUZ VILLALON, «El control prévio de constitucionalidade», *RDP,* 82, 1981, pp. 5ss.

pois tenta-se evitar a entrada em vigor de normas constantes de diplomas dotados, em geral, da natureza de fontes primárias.

II — Requisitos processuais

1. Requisitos subjectivos

a) *Competência*

A competência para a fiscalização preventiva da constitucionali-dade pertence ao Tribunal Constitucional (cfr. arts. 278.° da CRP e 57.° ss da LTC), funcionando *em plenário* (e não em secção).

b) *Legitimidade*

Estão constitucionalmente legitimados a requerer ao TC a fiscalização preventiva de normas («projectos» de normas) dois órgãos: (a) o Presidente da República (art. 278.71); (b) os Ministros da República para as regiões autónomas (art. 278.72). Se compararmos a legitimidade processual activa para os processos de fiscalização preventiva com a legitimidade processual activa dos processos de fiscalização abstracta sucessiva verificar-se-á facilmente a maior extensão dos titulares desta última em relação à primeira (cfr. art. 281.72).

Regime especial quanto à legitimidade processual activa têm, hoje, depois da 2.ª revisão de 1989, os decretos destinados a ser promulgados como *lei orgânica.* Além do PR, podem requerer ao TC a apreciação preventiva o Primeiro Ministro e 1/5 dos deputados da AR em efectividade de funções (CRP, art. 278.74).

2. Requisitos objectivos

O objecto de pretensão é a apreciação pelo TC da inconstitu-cionalidade de certas normas, cuja identificação compete ao PR (cfr. Ac. TC 274/86, DR I, 29-10-86) ou ao MR (cfr. LTC, art. 51.71), ainda imperfeitas, a fim de se evitar que se introduzam no ordenamento jurídico normas inconstitucionais. Mas, ao contrário do que se passa com a fiscalização sucessiva abstracta, as normas que podem ser submetidas ao controlo do Tribunal não são «quaisquer normas», mas apenas as constantes de:

— tratados submetidos ao PR para ratificação (art. 278.71);

— decretos enviados ao PR para serem promulgados como lei ou decreto-lei (art. 278.71);
— decretos de aprovação de acordos internacionais, enviados ao PR para assinatura (art. 278.71);
— decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares de lei da República que tenham sido enviados aos Ministros da República para assinatura (art. 278.72)[45].

Em virtude da específica finalidade do controlo prévio — impedir a entrada em vigor de normas inconstitucionais — o objecto da fiscalização é apenas a inconstitucionalidade e não também a ilegalidade de diplomas regionais (como acontece na fiscalização sucessiva) (cfr. Ac. TC 190/87, DR I, 12-7-87).

Verifica-se que houve a intenção de sujeitar a controlo preventivo as normas que comprometam internacionalmente o Estado (tratados e acordos), as normas de actos legislativos (leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais) e de alguns actos regulamentares (ex.: decreto regulamentar de lei geral da República).

3. Requisitos temporais

A CRP estabelece prazos para: (a) requerimento da apreciação preventiva da constitucionalidade; (b) apreciação da questão da inconstitucionalidade. O PR e os Ministros da República devem solicitar a fiscalização preventiva no prazo de 8 dias (art. 278.73) a contar da data de recepção do diploma, e o TC deve pronunciar-se sobre este pedido no prazo de 25 dias, que pode ser encurtado pelo PR por motivo de urgência (art. 278.78). O encurtamento do prazo obedece ao princípio da proporcionalidade, pois o TC deve dispor de prazo razoável para estudar o pedido de fiscalização. Não são, todavia, líquidas as consequências da falta de decisão do TC dentro dos prazos constitucionalmente estabelecidos (obrigatoriedade de promulgação ou assinatura, possibilidade de veto político?)[46].

[45] Não obstante a sua conexão com os requisitos de promulgação ou assinatura do PR ou dos MRs, a fiscalização preventiva não abrange todos os diplomas sujeitos a promulgação ou assinatura, excluindo-se os decretos regulamentares, os demais decretos do Governo da República (salvo os de aprovação de tratados) e os decretos regionais.

[46] Estes prazos fixados para a apreciação preventiva da constitucionalidade são *prazos constitucionais* e não *prazos legais processuais,* motivo pelo qual não podem ser encurtados ou alongados pelo legislador. Cfr. Ac. TC n.° 26/84, DR II, de 12-4--84, e Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 278.°.

III — Efeitos

São os que estão previstos no art. 279.° da CRP (cfr. também art 61.°daLTC).

1. Veto e reenvio

No caso de o TC se pronunciar pela inconstitucionalidade, o PR e os Ministros da República devem vetar os diplomas que preventivamente foram considerados inconstitucionais e devolvê-los *(reenvio)* ao órgão que os tiver aprovado (Assembleia da República, Governo, Assembleias Regionais), nos termos do art. 279.°/l. O veto deve ser um *veto expresso,* não podendo consistir na simples não-promulgação ou não-assinatura (veto tácito). Consequentemente, a reapreciação do decreto (pela AR e ARs) terá de pressupor o veto e reenvio do PR (ou dos MRs), não podendo basear-se apenas na decisão do TC que se pronunciou pela inconstitucionalidade.

2. Expurgação ou confirmação

O veto do PR ou dos Ministros da República é um *veto suspensivo* que pode ser superado: (a) pela *expurgação* da norma considerada constitucional; (b) pela *confirmação* do decreto, por maioria de dois terços dos deputados presentes.

Estas duas possibilidades não se aplicam a todos os diplomas susceptíveis de ser submetidos ao controlo preventivo. Importa, pois, fazer uma individualização, tanto mais que o texto constitucional não é muito claro a este respeito:

— *leis da AR:* o veto de inconstitucionalidade pode ser superado por expurgação ou confirmação por maioria qualificada (art.
279.72);

— *tratados internacionais:* a decisão de não-ratificação pelo PR é superada, para efeitos de ratificação do tratado, se este for aprovado por maioria de 2/3 dos deputados presentes (cfr. arts. 164.°//' e 279.74). Aqui não existe em rigor veto por inconstitucionalidade, porque a ratificação é um acto próprio do PR, limitando-se este a comunicar à AR a impossibilidade

de ratificação por o tratado conter normas inconstitucionais. A CRP não alude a qualquer regime especial relativo aos tratados cuja aprovação é da competência do Governo (art. 200.°/l-c), mas dado que não se lhes pode aplicar por analogia o regime do art. 279.°/4, o regime vem a ser semelhante ao dos acordos (expurgação), solução que pode deparar com dificuldades em virtude do carácter convencional (internacional) destes diplomas. O Governo poderá superar a decisão de não-ratificação se submeter o tratado à aprovação da AR (art. 164.°//, a fim de esta o confirmar por maioria de dois terços dos deputados presentes (art. 279.74);
decretos-leis: o veto de inconstitucionalidade é definitivo, só podendo ser superado pela expurgação da norma ou normas consideradas inconstitucionais (art. 279.71). Se o Governo pretender superar o veto do PR sem expurgar o diploma terá de utilizar o seu direito de iniciativa legislativa junto da AR, transformando o decreto-lei em proposta de lei e, em caso de aprovação pela AR, em decreto a ser enviado ao PR para ser promulgado como lei (cfr. art. 170.71 e 2). O que o Governo não pode fazer é confirmar o decreto vetado;
acordo internacional: a decisão de não-assinatura por inconstitucionalidade pode ser superada através da expurgação, o que obriga à reabertura da negociação internacional (cfr., porém, hoje, art. 164.7/);
decretos legislativos regionais e decretos regulamentares de leis gerais da República (cfr. arts. 279.7a, *b, c* e *d,* 234.° e 235.71): o veto por inconstitucionalidade dos Ministros da República é superado por expurgação ou confirmação por maioria de 2/3 dos deputados das assembleias regionais se se entender haver aqui um regime paralelo ao dos decretos da AR. No sentido contrário — isto é, no sentido da inadmis-sibilidade de confirmação pela ARs de diplomas vetados — poderá invocar-se a inexistência de qualquer paralelismo entre a AR/TC e ARs/TC no paralelogramo organizatório constitucionalmente definido. A AR é um órgão de soberania, representativo de todos os portugueses, com poder originário de criação legislativa, sendo razoável a sua competência para reapreciar e superar o juízo de inconstitucionalidade do TC. As ARs não são órgãos de soberania, sendo ilógico

conferir-se-lhe um poder de neutralização de decisões do órgão constitucional com tarefa específica de fiscalização da inconstitucionalidade dos actos normativos[47].

3. Reformulação

Os órgãos que emanaram os actos submetidos a fiscalização preventiva podem optar pela *reformulação* do diploma (art. 279.°/3). Neste caso, o Presidente da República e os Ministros da República (conforme os casos) têm competência para requerer a apreciação preventiva não só da norma reformulada, como de «qualquer outra norma», mesmo que não tivesse sido impugnada por inconstitucionalidade.
Subjacentes a este regime estão quatro razões: (a) a norma reformulada pode continuar a ser inconstitucional; (b) a reformulação da norma pode conduzir à «contaminação de outras normas»; (c) o PR e os Ministros da República aproveitam o pedido da fiscalização preventiva da norma reformulada para suscitar a questão da inconstitucionalidade de outras normas que estão em relação com elas; (d) o decreto reformulado é um *novo* decreto, e como tal, sujeito a todos os trâmites da fiscalização preventiva.

4. Falta de promulgação e assinatura

Caso não haja expurgação ou confirmação, os diplomas não podem ser promulgados (leis e decretos-leis), assinados (decretos legislativos regionais, regulamentos regionais e acordos internacionais) ou ratificados (tratados internacionais). A falta de promulgação e assinatura determinam a inexistência jurídica do diploma (art. 140.°). A falta de ratificação de tratados (ou até a sua irregular ratificação) origina também, para todos os efeitos, a inexistência das normas constantes desses tratados na ordem jurídica interna (art. 8.°/2). Do mesmo modo, serão inexistentes as eventuais promulgações ou assinaturas do PR ou dos MR de diplomas considerados inconstitucionais e não-confirmados (promulgação ou assinatura irregular = falta de promulgação ou de assinatura —> inexistência).

[47] Cfr., neste último sentido, Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 279.°.

5. Efeitos em relação ao TC

Não obstante a decisão do TC no sentido da inconstitucionalidade, o decreto, tratado ou acordo submetidos à sua apreciação podem vir a ser promulgados, ratificados ou assinados. Pergunta-se: quais os efeitos da superação do veto ou da decisão de ratificação ou assinatura relativamente ao próprio TC e qual a relevância jurídica de uma decisão de inconstitucionalidade posteriormente superada.

Relativamente ao primeiro problema, o TC pode sempre vir a considerar, em controlo sucessivo, de novo inconstitucionais, as normas já objecto de idêntica decisão em sede de controlo prévio. A relevância das decisões de inconstitucionalidade superada reconduz-se ao seguinte: (a) estabelece-se uma presunção de inconstitucionalidade (da máxima importância em sede de direitos, liberdades e garantias); (b) o juízo de inconstitucionalidade considera-se pressuposto de recurso obrigatório do MP para efeitos do art. 280.75 [48].

IV — O processo de fiscalização preventiva abstracta das leis orgânicas

A revisão de 1989, além de ter autonomizado a categoria de leis orgânicas, estabeleceu também algumas especificidades quanto ao controlo preventivo dos decretos enviados ao PR para serem promulgados como leis orgânicas.

As particularidades do processo de fiscalização preventiva das leis orgânicas incidem sobre os pressupostos processuais e sobre a promulgação.

1. Requisitos processuais

A legitimidade processual activa estende-se ao Primeiro Ministro e a 1/5 dos deputados à AR. Pretende-se, por um lado, dar possibilidade ao Governo de «controlar» previamente a emanação de leis tão relevantes, sob o ponto de vista político, como as leis orgânicas. Procura-se, em segundo lugar, assegurar o direito das minorias que foram vencidas mas não convencidas no Plenário da AR (art. 278.74).

[48] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 279.° e Ac. TC 85/85, DR II, 25-6-85.

2. Promulgação temporalmente condicionada

Em virtude da necessidade de dar conhecimento do decreto que deve ser promulgado como lei orgânica ao Primeiro Ministro e aos grupos parlamentares, a promulgação do PR está temporalmente condicionada (art. 278.77).

F I *O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO*

I — O conceito de omissão

1. Espécies de omissões inconstitucionais

Discute-se, na doutrina e jurisprudência constitucionais, o conceito, o sentido e a extensão do chamado *silêncio legislativo.* Aqui entender-se-á, principalmente, mas não exclusivamente, como *omissão legislativa inconstitucional,* o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas (cfr. *supra,* Parte II, Cap. 4). Desta noção deduzem-se as seguintes ilações.

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalís-tico, reconduzível a um simples «não fazer», a um simples «conceito de negação». Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma *exigência constitucional de acção,* não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito,* ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais *concretamente* impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de *normas-fim ou normas-tarefa,* abstractamente impositivas. É diferente dizer que há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas

legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta, impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional (art. 59.°/ *2-a),* a organização, coordenação e financiamento de um «sistema de segurança social unificado e descentralizado» (art. 63.72), a criação de um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito» (art. 64.72/a), a criação e desenvolvimento de «reservas e parques naturais e de recreio» (art. 66.72/c), a promoção e criação de uma «rede nacional de assistência materno-infantil e de uma rede nacional de creches» (art. 67.72-è), a garantia de um «ensino básico universal, obrigatório e gratuito» (art. 74.73/iz), do que não dar cumprimento a normas-fim e normas-tarefa que, de forma permanente mas abstracta, impõem a prossecução de certos objectivos. É o caso, por ex., de preceitos como os dos arts. 9.° e 81.° O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem originar uma acção de inconstitucionalidade nos termos do art. 283.° da CRP.

Existe ainda omissão legislativa quando a constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática. Esta hipótese adquire autonomia quando as normas constitucionais não se configurem, juridicamente, como ordens concretas de legislar ou como imposições permanentes e concretas (exs.: lei que define os crimes de responsabilidade política para assegurar a exequibilidade do art. 120.73; lei que define o processamento da actividade administrativa para tornar exequível o art. 267.74).

Verifica-se também uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não cumpre as *ordens de legislar* constitucional-mente consagradas em certos preceitos constitucionais. As *ordens de legislar,* diferentemente das imposições constitucionais (que são determinações permanentes e concretas), traduzem-se, em geral, em imposições únicas (isto é: imposições concretas mas não permanentes) de emanação de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação das velhas leis a uma nova ordem constitucional. A LC n.° 1/82 continha, no art. 244.°, uma ordem de legislar, dado que esta imposição constitucional se esgotava logo que fosse publicada a lei sobre organização e funcionamento do Tribunal Constitucional. Em termos semelhantes, a LC 1/89 (art. 207.°) «orde-

na» a aprovação de legislação que permita adaptar a lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional às alterações introduzidas na segunda revisão constitucional.
Na doutrina mais recente salienta-se a possibilidade de omissão legislativa pelo não cumprimento da obrigação do legislador em *melhorar ou corrigir* as normas de prognose (= prognóstico, previsão) incorrectas ou desfasadas perante circunstâncias supervenientes. A omissão consiste agora não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes. Esta carência ou «deficite» de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico constitucional quando, da falta de «melhorias» ou «correcções», resultem consequências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais[49].

2. As omissões legislativas parciais

A doutrina alude, por vezes, à distinção entre *omissão em sentido formal* e *omissão em sentido material* e à distinção entre *omissões absolutas* e *omissões relativas.* Independentemente dos vários problemas suscitados por estas distinções, o conceito jurídico-consti-tucional de omissão é compatível com *omissões legislativas parciais,* isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de imposições legiferantes favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações, violando o princípio da igualdade e cometendo uma «inconstitucionalidade por acção», como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações.
Nesta última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por acção. Precisamente por isso, a *omissão legislativa* existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o

[49] Cfr. P. Badura, «Die Verfassungsrechtliche Pflicht der gesetzgebenden Par-laments zur Nachbesserung von Gesetzen», in *Staatsorganisation and Staatsfunktio-nen im Wandel, Festschrift ftir K. Eichenberger,* p. 483; R. Stettner, «Die Verpflich-tung des Gesetzgebers zu erneunten Tãtigwerden bei fehlerhaften Prognose», in *DVBL,* 1982, p. 1123.

dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas.

Não é procedente a critica de V. Canas a esta distinção, in *Introdução às decisões de Provimento,* p. 44, nota 42, pois a configuração como inconsti-tucionalidade por omissão dos casos referidos em segundo lugar pretende, precisamente, atingir os desideratos por ele julgados desejáveis com as «decisões que declarem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma sem que tal venha a implicar a sua anulação» (pp. 98 e 108). Só que a sua solução conduz a resultados inadmissíveis: continuação da aplicação de uma norma declarada inconstitucional, por ser desaconselhada a sua anulação total! A proposta do texto é clara: não se declara a inconstitucionalidade de uma solução legal intrinsecamente justa (ex.: concessão de pensões); fixa-se a inconstitucionalidade por omissão, dado que o legislador tem o dever de tornar exequível o direito social e o princípio da igualdade justificativos do alargamento da solução legal a outras categorias de cidadãos.

No Ac. do TC n.° 423/87, DR I, de 26/11 *(Caso da leccionação da disciplina da religião e moral católicas nas escolas públicas)* tocou-se este problema de omissões legislativas parciais ao escrever-se: «... dir-se-ia que o Estado não pode abster-se de, no tocante às demais confissões, lhes conceder um tratamento afim, tendo em conta, é certo, as circunstâncias próprias de cada uma delas (dimensão quantitativa, espaço geográfico ocupado, disseminação entre a população escolar etc), sob pena de não respeitar o princípio da igualdade e, por via omissiva, violar o texto constitucional».

3. Dever de legislação e direito à legislação

A inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflecte as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático «aos processos» e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais. Com efeito, a generalidade da doutrina não reconhece um *direito subjectivo dos cidadãos à actividade legislativa.* Embora haja um *dever jurídico-constitucional* do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um *direito fundamental à legislação.* Daí a insistência na necessidade de institucionalização de formas democráticas tendentes a um maior reforço da protecção jurídica contra omissões inconstitucionais (acções populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições colectivas, e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa). A Constituição afastou, porém, qualquer possibilidade de *acções populares universais,* de *acções individuais de defesa* e *de acções administrativas* contra comportamentos omissivos do legislador (cfr. art. 283.71).

A inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conexiona necessariamente com os *prazos ou tempos* dentro dos quais deveria ter havido a *interpositio* legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de *ordens de legislar.* Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de *imposições constitucionais,* os «momentos» decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a *importância e indispensabilidade da mediação legislativa* para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem* [50].

II — Requisitos processuais

Pouco há a acrescentar ao que se acaba de escrever a propósito da inconstitucionalidade por omissão. Aludir-se-á apenas aos requisitos processuais.

a) *Requisitos subjectivos*

Só é reconhecida legitimidade activa ao Presidente da República e ao Provedor da Justiça e, com fundamento na violação dos direitos das regiões autónomas, aos presidentes das assembleias legislativas regionais (art. 283.71).

O *destinatário* das imposições constitucionais e das ordens de legislar, cujo não cumprimento conduz à inconstitucionalidade por omissão, é, nos termos constitucionais, o legislador (AR, Governo, assembleias regionais), dado que a constituição se refere expressamente a «medidas legislativas necessárias» (art. 283.72). É legítimo duvidar-se da bondade desta solução, pois, algumas vezes, as medidas necessárias para dar exequibilidade às normas constitucionais podem reconduzir-se a actos não legislativos. Isto é corroborado pelo facto de grande número de imposições constitucionais se dirigirem ao Estado e não apenas aos órgãos legiferantes.

50
[0] Sobre a inconstitucionalidade por omissão cfr., entre nós, Jorge Miranda, «Inconstitucionalidade por omissão», in *Estudos sobre a Constituição,* Vol. II, Lisboa, 1977, e *Manual,* Vol. II, pp. 655 ss. Cfr. também o nosso estudo *Constituição Dirigente,* pp. 329 ss.

A recente Constituição da República Federativa do Brasil[51] tentou tornear o sentido restritivo da nossa inconstitucionalidade por omissão de duas formas: (1) através (art. 5/LXXI) da consagração do *mandado de injunção* sempre que a «falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (2) através da *acção de inconstitucionalidade por omissão* (art. 105.°/2) por omissão de medida para tornar efectiva norma constitucional.

b) *Requisitos objectivos*

O objecto do requerimento das entidades referidas na alínea anterior é a apreciação e verificação do não cumprimento da constituição em virtude de comportamentos omissivos dos órgãos legiferantes *(omissão legislativa)* que não editam as *medidas legislativas* necessárias para tornar *exequíveis* as normas constitucionais.

III— Efeitos

A verificação do não cumprimento da Constituição derivado de omissões legislativas inconstitucionais obriga o Tribunal Constitucional a *dar conhecimento* da inconstitucionalidade por omissão ao órgão competente (art. 283.72 da CRP e art. 68.° da LTC).

A compreensão do controlo da constitucionalidade como «controlo negativo» — é este o sistema básico do constitucionalismo, qualquer que seja o modelo de controlo — tem merecido críticas do pensamento constitucional socialista. Alude-se, designadamente, à insuficiência de um controlo que se limita a anular actos (controlo negativo) e não a impor positivamente actividades normativas em reacção contra eventuais omissões inconstitucionais. Cfr. sobre isto H. Roussillon, «Le problème du controle des lois dans les pays socialistes», in *RDPSP,* 1977, pp. 97 ss.

A «contenção» do controlo da constitucionalidade dentro dos limites do controlo negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania. Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 674, e o nosso livro *Constituição Dirigente,* cit., p. 354.

Na redacção originária da CRP consagrava-se a possibilidade de o Conselho da Revolução fazer *recomendações* aos órgãos legislativos competentes no sentido de estes emitirem as medidas necessárias para dar exequibilidade às normas constitucionais (cfr. arts. *l46.°/b* e 279.° na redacção primitiva). Todavia, o exercício desta competência foi pouco utilizado pelo CR: apenas

[51] Cfr., por ex., Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional,* 11." ed., 1989, p. 219 ss.

duas resoluções de recomendação, uma a propósito das organizações de ideologia fascista (Resolução n.° 105/77, de 16 de Maio) e outra a respeito dos trabalhadores de serviço doméstico (Resolução n.° 56/78, de 18 de Abril).

A fórmula do actual art. 283.72 — dar conhecimento ao órgão legislativo competente é menos directiva do que a que se traduzia na possibilidade de recomendações, mas pode interpretar-se como sendo um *apelo* do Tribunal Constitucional, com significado político e jurídico aos órgãos legiferantes competentes no sentido de estes actuarem e emanarem actos legislativos necessários à exequibilidade das leis constitucionais. Num importante acórdão (Ac. 182/89, DR I, 2-3-89 — *Defesa contra o tratamento informático de dados pessoais)* o TC deu «por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão da medida legislativa prevista no n.° 4 do seu art. 35.°, necessário para tornar exequível a garantia constante do n.° 2 do mesmo artigo».

G I *PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DA ILEGALIDADE*

Os processos principais do controlo da legalidade estão tipificados na Constituição e reconduzem-se a:

(1) processo de fiscalização concreta da ilegalidade;

(2) processo de fiscalização abstracta. Começaremos por este último processo.

Note-se que pode haver arguição cumulativa dos vícios de inconstitu-cionalidade e de ilegalidade. O TC tem entendido (cfr. Ac TC 268/88, DR, I, 29/10) que, neste caso, se deve conhecer em primeiro lugar da inconstinacionalidade, ficando prejudicado o conhecimento da ilegalidade, pelo menos quando se julgar procedente a inconstitucionalidade. É duvidoso que assim seja. Com a clara autonomização da ilegalidade na LC 1/89, o TC deve apreciar todo o pedido e conhecer da arguição das ilegalidades.

I — Fiscalização abstracta da legalidade

A ilegalidade de normas susceptíveis de controlo pelo Tribunal Constitucional pode surgir em várias hipóteses. Os requisitos processuais da fiscalização abstracta desta ilegalidade são os seguintes:

1. Requisitos objectivos
a) *Questão da ilegalidade,* resultante:
— da violação: (i) de *lei com valor reforçado* por normas constantes de acto legislativo; (ii) do *estatuto* da região autónoma e de *lei geral da República,* por normas constantes de *diploma* regional (isto é: decreto legislativo regional, decreto regulamentar regional, regulamento regional), nos termos do art. 281.°
b) *Questão de ilegalidade* resultante:
— da violação dos *direitos da região autónoma* consagrados no estatuto por normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania (leis, decretos-leis, regulamentos), nos termos do art. 281.71 *-d.*
***2.* Requisitos subjectivos**
a) *Legitimidade processual activa relativamente à ilegalidade referida em a) (i):*
— Presidente da República
— Presidente da Assembleia da República
— Primeiro-Ministro
— Provedor de Justiça
— Procurador-Geral da República
— Um décimo dos Deputados à Assembleia da República
Deduz-se que têm legitimidade processual activa para requerer a declaração, com força obrigatória geral, desta ilegalidade, todas as entidades competentes para requerer a fiscalização abstracta da in-constitucionalidade.
b) Legitimidade processual activa relativamente à ilegalidade referida atrás ema) *(ii) e b)*[52]
[52] O art. 281.°/2/g parece restringir a legitimidade processual activa destas entidades quanto ao pedido de ilegalidade nos casos referidos em *l-a)* (ii), isto é, aos casos de violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República.

— todas as entidades com legitimidade activa para requerer a fiscalização abstracta de inconstitucionalidade e ainda (cfr art. 281.72/g):
— Ministro da República
— assembleias legislativas regionais
— presidentes das assembleias legislativas regionais
— presidentes dos governos regionais
— 1/10 dos deputados à assembleia legislativa regional da respectiva região autónoma

3. **O processo de controlo incidental ou de fiscalização concreta de ilegalidade junto do Tribunal Constitucional**

Em comparação com o controlo concreto de inconstitucionalidade, este processo apresenta algumas especificidades quanto ao objecto de recurso para o TC.

O incidente é agora um *incidente de ilegalidade* e o recurso para o TC pode ter como fundamento:

(1) a decisão do juiz *a quo* que recusa a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado (CRP art. 280.72/a, e LTC art. 70.71/c).

(2) a *decisão de rejeição* do juiz *a quo* de aplicação de uma norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República *(recusa de aplicação de normas de diplomas regionais).* Cfr. art. 280.72-è da CRP e art. 70.71-í/daLTC.

(3) a *decisão de rejeição* do juiz *a quo* de aplicação de norma de diploma emanado de órgão de soberania, com fundamento em ilegalidade por violação da lei estatutária de uma região autónoma *(recusa de aplicação de normas de diplomas de*

Todavia, como resulta do art. 281.71/g também pode haver ilegalidade resultante da violação dos direitos de uma região autónoma consagrados no seu estatuto, não se compreendendo que, neste caso, não seja atribuída legitimidade processual activa às entidades referidas no art. 281.72//.

órgãos de soberania). Cfr. art. 280.72-c da CRP e art. 70.77-e de LTC.
(4) a *decisão de acolhimento* pelo juiz *a quo* de norma impugnada no processo por ilegalidade com qualquer dos fundamentos referidos em (1), (2) e (3), tal como se prescreve no art. 280.72/d da CRP e no art. 70.7/da LTC.
Os efeitos e o processo de fiscalização concreta da ilegalidade pelo TC são idênticos aos da fiscalização concreta da inconstitu-cionalidade.

H I *PROCESSO DE VERIFICAÇÃO DA CONTRARIEDADE DE UMA NORMA LEGISLATIVA COM UMA CONVENÇÃO INTERNACIONAL*

1. Os arts. 70.71/i e 71.72 da LTC

A L 85/89, editada como lei orgânica nos termos dos arts. 164.7a, 167.7c e 169.71 da Constituição (na redacção da LC 1/89), introduziu algumas alterações relevantes à L 28/82, reguladora da organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional. Dentre as alterações mais importantes convém salientar os aditamentos da alínea l/i do art. 70.° e do n.° 2 do art. 71.°.
Segundo a primeira das disposições referidas, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais "que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional". De acordo com o art. 71.72, o recurso previsto no art. 70.71/i, acabado de transcrever, "é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida".
Estas normas levantam vários e complexos problemas. Vamos referir alguns deles.

2. Inconstitucionalidade dos arts. 70.71/i e 71.72 da LTC?

O primeiro problema é este: será constitucionalmente correcta a criação legal de novos tipos de recurso para o Tribunal Constitu-

cional? A questão não é líquida, pois se, por um lado, se poderá trazer à colação o art. 225.73 que permite o alargamento das funções do Tribunal Constitucional através da lei, também se poderá objectar, por outro lado, com o princípio da tipicidade constitucional dos processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade reforçada. Isto é tanto mais significativo quando é certo que o legislador da 2.ª revisão introduziu os processos de fiscalização da violação do "bloco da legalidade qualificada" e se absteve de introduzir um *processo de verificação de normas de direito internacional* como faz a *Grundgesetz* da Alemanha (art. 100.711: *"Normverifikation", "Normqualifikation").* O legislador tem competência para regular os processos de fiscalização (art. 167.° CRP) mas carece de título constitucional para criar novos processos de controlo de normas. Por outras palavras: o legislador não é "dono" dos processos de fiscalização e, por isso, é duvidoso se não haverá aqui uma inconstitucional invasão da "reserva de constituição". Provavelmente, o legislador entendeu tratar-se apenas de uma simples regulação de recursos já existentes e não de criação de novos processos de fiscalização.

3. Natureza e finalidade do processo

O sentido do processo recursório previsto nos arts. 70.7l/i e 71.72 da LTC é este: estabelecer um meio processual para o Tribunal Constitucional poder pronunciar-se sobre os problemas resultantes da "abertura" do direito constitucional português ao direito internacional, comum e convencional, (art. 8.°) e evitar, no interesse da segurança jurídica, oposições judiciais divergentes quanto à aplicação das regras do direito internacional. Esta última nota foi certamente um dos factores para o aditamento dos artigos em análise da LTC. Tenha-se presente a divergência de posições entre as duas secções do TC quanto às relações entre o direito internacional e o direito interno[53].

O legislador não ousou, porém, estabelecer um controlo do tipo de controlo abstracto de normas, pois muitas das questões respeitantes às relações entre o direito interno são questões jurídico-constitu-cionais ou jurídico-internacionais (art. 71.72) dificilmente recon-duzíveis a declarações de "inconstitucionalidade" ou de "ilegalidade"

[53] **Cfr., por último,** Ac. **TC** 82/88, **DR, II,** 22.° 8, da **1.**" secção, e Ac. 413.787, da *2."* secção.

com força obrigatória geral. Optou, assim, por um processo de fiscalização concreta que permite ao Tribunal Constitucional controlar a aplicação judicial das convenções internacionais e assegurar alguma uniformidade das decisões judiciais quanto a essa aplicação.

4. Questões jurídico-constitucionais e questões jurídico-interna-cionais

A LTC absteve-se de falar aqui em "inconstitucionalidade" ou "ilegalidade", limitando-se a aludir, em termos objectivos, de uma *contrariedade* entre uma convenção internacional e um acto legislativo. A relação de *contrariedade* não diz nem mais nem menos do que isto: um acto legislativo está em contradição com uma convenção internacional. Essa relação de contrariedade assume um desvalor jurídico-constitucional e é esse desvalor a causa justificativa da sua recusa de aplicação por parte do juiz *a quo.* Todavia, a LTC não *qualifica* essa contrariedade, possivelmente porque isso seria dar como demonstrado aquilo que era preciso demonstrar: se a relação de contrariedade se reconduz a uma inconstitucionalidade (o que pressuporia a atribuição de valor constitucional às normas internacionais), se prefigura uma inconstitucionalidade indirecta (o que assentaria também na hierarquia superior do direito internacional) ou se é reconduzivel a uma *ilegalidade* (o que radicaria na ideia de as convenções interna-cionais beneficiarem de um "valor legislativo qualificado" — valor reforçado — em relação às normas legislativas internas).

Todas estas questões jurídicas se reconduzem, afinal, ou a *questões jurídico-constitucionais* ou a *questões jurídico-internacionais.* São *questões jurídico-constitucionais* as que se localizam em sede de direito constitucional (cfr. art. 8.°), devendo ser analisadas e resolvidas segundo as normas e princípios constitucionalmente consagrados e de acordo com os instrumentos hermenêuticos de interpretação e concretização específicos deste ramo de direito. Estão neste caso, por ex., as questões referentes ao sistema de "incorporação" das normas internacionais no direito interno (recepção plena, recepção condi-cionada), os problemas referentes à posição hierárquica das normas de direito internacional (valor supraconstitucional, valor constitucional, valor infraconstitucional mas supralegal, valor de lei) e os problemas relacionados com a qualificação de normas reguladoras de actos ou relações internacionais (ex: exclusão do carácter jurídico-constitucional do direito diplomático).

Serão *questões internacionais* as que se localizam no plano do direito internacional, geral, convencional e consuetudinário, cabendo discuti-las e analisá-las à face dos princípios e normas deste direito e segundo as suas regras de interpretação e concretização específicas. Estarão, porventura, neste caso, as questões relativas às relações entre o direito internacional e o direito interno (monismo, dualismo), ao campo de aplicação das normas internacionais (relacções entre os estados, criação de direitos e deveres também para particulares), ao problema da vigência de direito internacional e aos conflitos entre as normas internacionais e as leis internas do estado (cumprimento de obrigações, responsabilidade internacional dos Estados).

Como se pode deduzir nem sempre será fácil delimitar rigorosamente uma questão jurídico-constitucional de uma questão jurídico-internacional. A LTC não exige um recorte rigoroso entre as duas categorias, mas impõe a limitação do objecto do recurso para o Tribunal Constitucional às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicados na decisão recorrida.

5. Pressupostos de admissibilidade 5.1. *Requisitos objectivos*

O meio processual escolhido pelo legislador a fim de o Tribunal Constitucional poder verificar, num caso concreto, se existe, por ex., uma norma de direito internacional e qual o seu valor no plano das fontes de direito interno foi o de estabelecer um recurso para este órgão de fiscalização em dois casos:

(1) de decisão judicial que recuse a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional (LCT 70/1/i, I.ª parte);

(2) de decisão judicial que aplique uma norma de acto legislativo em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

O fundamento do recurso será a existência de questões jurídico--constitucionais ou questões de natureza jurídico-internacional tal como as anteriormente indicadas.

Estes recursos são regulados pela LTC no capítulo referente à fiscalização concreta (art. 70.° e segs). À semelhança dos processos concretos de fiscalização da constitucionalidade e da ilegalidade, este

recurso tem como ponto de partida uma *decisão* de um tribunal. Diferentemente, porém, dos processos de fiscalização concreta de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, não se trata de um verdadeiro processo de controlo de normas mas de um processo de *verificação* das questões jurídico-constitucionais ou jurídico-internacionais implicadas na decisão.

Assim, por exemplo, num recurso motivado pela recusa de aplicação de uma norma legal contrária ao direito internacional convencional, o Tribunal Constitucional verifica se se trata de um tratado solene, caso em que admitirá porventura a superioridade hierárquica em relação a actos legislativos internos em contradição com ele, ou de um acordo em forma simplificada, hipótese em que poderá porventura julgar constitucionalmente mais correcto a decisão de questão partindo do princípio da igualdade hierárquica entre lei e acordo internacional ou até do princípio de supremacia do direito interno quando estejam em causa leis com valor reforçado. Da mesma forma, o recurso para o Tribunal Constitucional permitirá a verificação e qualificação das regras de direito internacional. Assim, por exemplo, o Tribunal averiguará se a questão de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional relativa ao valor normativo de tratado-contrato deve, no caso concreto, ser decidida no sentido de o tratado-contrato ser um acto normativo, com possibilidade de fiscalização da constitu-cionalidade, ou se ele não reúne as características de uma norma, caso em que será arredado o "controlo de normas".

O recurso para o Tribunal Constitucional permitirá ainda a este verificar, por exemplo, a vigência ou não de uma norma convencional ou se esta deixou de vincular o Estado português pela ocorrência da cláusula *rebus sic stantibus* (questão de natureza jurídico-internacional).

A LTC eleva, deste modo, o Tribunal Constitucional a *intérprete qualificado* (cfr. LTC, art. 70.71/i, 2.ª parte e 72.74) das questões jurídico-constitucionais (cfr. CRP, art. 223.°) e jurídico-internacionais implicadas num processo concreto (cfr. sobretudo LTC art. 70.71/i, 2.ª parte) e a *"guardião do valor paramétrico do direito internacional convencional"* nos casos onde a parametricidade deste direito em relação ao direito interno se revelou justificada através da interpretação/concretização de normas constitucionais e normas internacionais (cfr. arts. 155.785 e 66.791). O processo de verificação consagrado nos arts. 70.71/i e 71.72 da LTC converte-se, assim, no instrumento processual de concretização das normas constitucionais, em especial do art. 8.° da CRP. Ao mesmo tempo, o processo de verificação de contrariedade de normas do direito interno com normas de direito internacional ou da

desconformidade de decisões dos tribunais incidentes sobre o mesmo problema em relação a anteriores decisões do Tribunal Constitucio-nalidade, abre o caminho para uma espécie de processo de *qualificação* de normas. Com efeito, se por qualificação de normas se entender[54] a determinação da hierarquia de normas de direito internacional, então o TC tem um meio processual de, caso a caso, proceder a essa qualificação. Em conclusão: o TC *verifica* se uma norma convencional internacional faz parte do direito interno, se ela cria direitos e deveres para os particulares e *qualifica* essa norma para efeitos de inserção no plano da hierarquia das fontes de direito (cfr. CRP, art. 122.71/b).

5.2. *Requisitos* ***subjectivos***

Têm legitimidade para recorrer as partes nos termos consagrados para a fiscalização concreta. A LTC (art. 72.73) impõe aqui recurso obrigatório do Ministério Público a não ser quando a recusa de aplicação de uma norma legislativa por contrariedade com o direito convencional estiver em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional em relação à matéria em causa (LTC, art. 72.74).

6. Efeitos da decisão

O conteúdo da decisão do TC tem contornos incertos. O Tribunal não julga os actos legislativos como "inconstitucionais" ou como "ilegais". Profere uma sentença de natureza declaratória através da qual se reconhece a justeza ou não justeza da decisão do tribunal *a quo,* que recusou a aplicação de uma norma legislativa contrária a convenções internacionais ou aplicou a mesma norma em desarmonia com anteriores sentenças do Tribunal Constitucional. No caso de uma *decisão de provimento da contrariedade,* a decisão do TC faz *caso julgado* no processo relativamente às questões de natureza jurídico--constitucional ou de natureza jurídico-internacional. No caso de uma decisão de não provimento, isto é, de uma *decisão negativa de contrariedade,* o tribunal recorrido fica vinculado à decisão do TC, não podendo a norma legislativa vir a ser desaplicada por motivo da sua contrariedade com normas convencionais internacionais. Esta decisão negativa de contrariedade não declara, positivamente, a regularidade

[54] Cfr., por todos, RUHMANN, *Verfassungsgerichtliche Normenqualifikation,* 1982, n.°31.

do acto legislativo impugnado; limita-se a julgar insubsistente, num caso concreto, o vício de contrariedade de normas legislativas internas com normas internacionais (cfr. LTC, art. 80.75).

7. Insusceptibilidade de generalização das decisões do TC

As decisões do TC quanto à contrariedade de actos legislativos internos com normas convencionais internacionais não são susceptíveis de generalização em caso de repetição de julgados, nos termos do art. 282.72 da CRP e do art. 82.° da LTC. Dada a natureza das questões jurídico-constitucionais e jurídico-internacionais, o Tribunal não pode generalizar "juízos de contrariedade" e se quiser assegurar uma tendencial uniformização da jurisprudência quanto a estes juízos deverá socorrer-se dos instrumentos processuais de *intervenção* do *Plenário* do TC (LTC, art. 79-A) ou de *recurso para o Plenário* (LTC, art. 79-D, l.ºe7.°).

CAPITULO 30

PADRÃO VII — AS ESTRUTURAS DE PROCEDIMENTO E DE PROCESSO 3.° — OS LIMITES FUNCIONAIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário

Indicações bibliográficas

CANOTILHO, GOMES — «A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional», in J. MIRANDA, (org.) *Nos dez anos da Constituição,* p. 345 ss.

CARDOSO DA COSTA, J. M. — *"A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção de direitos fundamentais"*, p. 14, 21.

MIRANDA, J. — *Manual,* II, p. 279 ss.

MEDEIROS, R. — «Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional», in *O Direito* 1989, p. 522 ss.

CRISAFULLI — «Giustizia Costituzionale e potere legislativo», in *Studi in onore C. Mortati,*
Milano, 1977 (= *Stato, Popolo Governo,* 1988, p. 227 ss); HESSE, K. — «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit» in *Recht ais Prozess*
und Gefuge, Fs. fiir H. Hiiher, zuni 80 Geburtstag, 1981, p. 269 ss; PIZZORUSSO, A. — «Sui Limiti delle potestá normativa delia Corte Costituzionale», in *Riv.*
Ital. Dir. Proc. Pen., 1982,1, p. 305 ss; RUBIO LLORENTE — «La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho»,
inREDC, 22/1988, p. 9 ss; ScHUPPERT, G. F. — *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation,* Baden-
Baden, 1980; SIMON — «Verfassungsgerichtsbarkeit», in BENDA / MAIHOFFER / VOGEL (org.), *Handbuch*
des Verfassungsrechts, 1983, p. 1288.

A I *DIMENSÕES DAS SENTENÇAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*'

Uma decisão do Tribunal Constitucional comporta inevitavelmente três dimensões assinaladas em geral pela doutrina com uma marcada unilateralidade, consoante a perspectiva dos respectivos autores:

— *dimensão processual* (perspectiva processualista): a decisão do TC é, fundamentalmente, um *acto processual* que põe termo a um determinado processo;

— *dimensão interpretativa, criadora e integradora* do direito constitucional (perspectiva hermenêutica): a decisão constitucional é um acto interpretativo-aplicador que implica sempre uma actividade criadora por parte dos juizes;

— *dimensão político-constitucional* (perspectiva constituciona-lista): a decisão do Tribunal Constitucional, além de ser um acto tendencialmente jurisdicional, é uma *decisão política,* em imbricação dialéctica com os restantes poderes do Estado.

A complexa estrutura funcional das decisões do Tribunal Constitucional tem conduzido a doutrina à elaboração de princípios de interpretação e de delimitação jurídico-funcional dos órgãos encarregados do controlo da constitucionalidade de normas jurídicas. Importantes sugestões sobre os limites deste controlo encontram-se, por

[1] Cfr. K. HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit» in *Recht ais Prozess und Gefiige, Fsfiir H. Hiiber, zum 80 Geburtstag,* 1981, p. 269 ss; G. F. SCHUPPERT, *Funktionell rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation,* Baden-Baden, 1980; SIMON, «Verfassungsgerichtsbarkeit», in BENDA / MAIHOFFER / / VOGEL (org.), *Handbuch des Verfassungsrechts,* 1983, p. 1288; CRISAFULLI, «Giustizia Costituzionale e potere legislativo», in *Studi in onore C. Mortati,* Milano, 1977 (= *Stato, Popolo Governo,* 1988, p. 227 ss); A. PIZZORUSSO, «Sui Limiti delle potestá normativa delia Corte Costituzionale», in *Riv. Ital. Dir. Proc. Pen.,* 1982, I, p. 305 ss; RUBIO LLORENTE, «La Jurisdiccion Constitucional como forma de creacion de Derecho», in *REDC,* 22/1988, p. 9 ss; GOMES CANOTILHO, «A concretização da constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional», in J. MIRANDA, (org.) *Nos dez anos da Constituição,* p. 345 ss.

exemplo, na importante sentença do TC, 28/84, DR II, 4-4-84 *(«interrupção voluntária da gravidez»)*-

B I *LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AO OBJECTO DE CONTROLO*

I — O conhecimento do direito pré-constitucional **1. Inconstitucionalidade superveniente e revogação**

Os juizes podem e devem conhecer da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional e o TC pode julgar inconstitucionais normas cuja entrada em vigor retrotrai a um momento anterior ao da entrada em vigor da Constituição.

Ao contrário do que se defende habitualmente na doutrina, julga--se não existir, em relação a leis ordinárias pré-constitucionais contrárias à Constituição, nem uma relação de anterioridade dos juízos de revogação e de inconstitucionalidade nem uma relação de exclusão. Não há uma relação de anterioridade: a respeito de normas revogadas não se suscita um problema de constitucionalidade. Não há uma relação de exclusão: se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição então a contrariedade é ela mesma premissa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). Como se escreveu noutro lado, «um tribunal não pode certamente aplicar uma norma de direito pré-constitucional contrária à Constituição, pois ela deixou de vigorar, mas só a pode considerar revogada ou caducada depois de a ter considerado contrária à Constituição.[2]

A extensão do controlo ao direito pré-constitucional (inconstitucionalidade superveniente) não oferece hoje dúvidas perante a norma inequívoca do art. 290.72. E o facto de as leis ordinárias anteriores

p. 254.

Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,*

inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito[3].

Esta posição conduz, nos seus resultados práticos, às mesmas consequências que a maioria da Comissão Constitucional defendeu, quando, em diversos pareceres, se debruçou sobre o assunto. Cfr. Acórdão n.° 40, de 28 de Julho de 1977, in apêndice ao *Diário da República,* de 30-12-1977, pp. 71 ss. e in *Boletim do Ministério da Justiça,* n.° 269, pp. 61 ss; Acórdão n.° 41, de 20 de Outubro de 1977, apêndice ao *Diário da República* de 30-12-1977, pp. 82 ss: Acórdão n.° 68, de 5 de Janeiro de 1978, in apêndice ao *Diário da República,* de 3-5-1978, pp. 14 ss; Acórdão n.° 149, de 13 de Março de 1979, apêndice ao *Diário da República,* de 31-12-1979, p. 46. Quanto ao conhecimento de normas revogadas cfr. Acs. TC 238/88, DR, II, 21.12, 73/90, DR, II, 197; 135/90, DR, II, 17.9 400/91, DR, I, 15.11.

2. Inconstitucionalidade superveniente e princípio do *tempus regit actum*

A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à sua contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração. O princípio *tempus regit actum* leva a distinguir dois efeitos no tempo: a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais vigentes no momento em que se efectiva essa mesma aplicação.

A tradicional dicotomia entre vícios formais e materiais, conducente a uma disciplina de fiscalização diferente (competência do Tribunal Constitucional para conhecimento dos vícios materiais das leis pré-constitucionais e incompetência para controlar os vícios formais), nem sempre se impõe como uma evidência. Além de não ser princípio constitucional, o princípio *tempus regit actum* não pode significar a irrelevância material das normas sobre a produção jurídica (ex.: a exigência de reserva de lei formal aponta para as exigências materiais de democraticidade do órgão e da publicidade do processo). Por outro lado, há que distinguir duas hipóteses: (1) possibilidade de fiscaliza-

[3] Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 349; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* p. 254.

ção da regularidade formal de actos normativos pré-constitucionais, de acordo com os novos parâmetros sobre a produção jurídica; (2) possibilidade de controlo da legitimidade formal dos actos normativos pré-constitucionais, segundo as normas sobre produção jurídica vigente na altura.
No que toca à primeira questão, a resposta só pode ser negativa, pois isso conduziria à inconstitucionalidade de grande parte do ordenamento jurídico anterior, mesmo quando, rigorosamente, as suas normas não estão em contradição com as normas e princípios da Constituição (materialmente considerados). O segundo problema merece também resposta negativa em termos gerais, dado que o Tribunal Constitucional garante a supremacia da Constituição actual, mas não é um defensor do sistema anterior. Mas, por outro lado, poderia haver no anterior sistema requisitos formais, transportadores de garantias ou valores materiais semelhantes aos acolhidos pela nova lei fundamental (ex.: exigências de lei para aprovar restrições aos direitos fundamentais, reserva de lei para aprovação de impostos). O problema ganhará acuidade nos casos de se tratar não apenas de um vício formal, mas de um verdadeiro vício de competência[4]. (Ac. TC 446/91, DR, II, de 2.4).

B I *PRINCÍPIOS FUNCIONALMENTE LIMITATIVOS*

I — O princípio da autolimitação judicial e a doutrina das questões políticas ('judicial self-restraint' e 'poli-tical question doctrin')

É outro dos princípios importados da jurisprudência norte--americana e fundamentalmente reconduzível ao seguinte: *os juizes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas.* O princípio foi definido pelo juiz Marshall como significando haver certas «questões políticas», da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver con-

[4] Cfr. precisamente as penetrantes observações de Miguel Galvão Teles, «Inconstitucionalidade pretérita», in Jorge Miranda, (org.) *Nos dez anos da Constituição,* Lisboa, 1987, p. 273 ss, e, sobretudo, p. 298 ss.; Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 279 ss.; Rui Medeiros, *Valores jurídicos,* p. 520.

trolo jurisdicional. No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo[5]. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o *problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da Constituição, a constitucionalidade da política.* A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do «político». Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples «jurisdição política», pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da Constituição. Conse-quentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros.
O princípio da autolimitação dos juizes continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar não a Ínadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação concretização-constitucional (existentes em qualquer actividade interpretativa), mas a contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional. Isto apontará, em geral, para os limites de cognição dos juizes quanto aos vícios: cabe-lhes conhecer dos *vícios de constitucionalidade* dos actos normativos mas não dos *vícios de mérito* (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo)[6].

II — O princípio da interpretação conforme a constituição

Trata-se de um princípio geral de interpretação (cfr., *supra)* e que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana segundo a qual os juizes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution*[1]. O princípio tem sido interpretado no sentido do *favor legis,* no plano do direito

[5] Cfr., hoje, por todos, TRIBE, *American Constitucional Law,* pp. 71 ss.
[6] Cfr., por ex., ZAGREBELSKY, *Giustizia Costituzionale,* pp. 30 ss.
[7] Cfr., por último, ANTIEAU, *Constitucional Construction,* London / Rome / /New York, 1982, p. 48.

interno, e do *favor conventionis,* no plano do direito internacional. Consequentemente, uma lei ou um tratado só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a constituição. Expressões da *presunção da constitucionalidade das leis e das convenções internacionais* podemos vê-las, por ex., nos arts. 277.72 e 280.73 (recurso obrigatório do Ministério Público de decisões que recusem a aplicação de normas por inconstitucionalidade).
O sentido do princípio da interpretação conforme a Constituição não deve ser apenas o do *favor legis* ou do *favor conventionis,* conducente à sua redução a simples meio limitação do controlo jurisdicional (uma norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada conforme a constituição). Se assim fosse, seria um mero *princípio de conservação de normas.* Ora, o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um *princípio de prevalência normativo-vertical* ou de *integração hierárquico--normativa* de que um simples princípio de conservação de normas.
O princípio da interpretação conforme a Constituição comporta limites jurídico-funcionais precisos (cfr. *supra),* que serão abordados nas considerações subsequentes.

1. Competência legislativa e competência jurisdicional

Esses limites dizem respeito, em primeiro lugar, às relações entre os órgãos legislativos e jurisdicionais[8]. Neste aspecto, justifica-se que se fale de uma *preferência* do legislador como órgão concretiza-dor da constituição. Se os órgãos aplicadores do direito, sobretudo os tribunais, chegarem à conclusão, por via Ínterpretativa, de que uma lei contraria a constituição, a sua atitude correcta só poderá ser a de desen-cadear os mecanismos constitucionais tendentes à apreciação da *inconstitucionalidade* da lei. Daqui se conclui também que a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais senti-

[8] Cfr. Hesse, *Grundzuge,* cit., p. 33; *Funktionelle Grenzen.* cit., p. 261; Picker, «Richterrecht und Richterrechtssetzung», in *JZ,* 1984, p. 153 ss; Cardoso da Costa, «A Justiça...», cit., p. 58. No direito italiano alude-se a «sentenças interpretativas de rejeição» *(sentenze interpretative di rigetto).* Cfr., por ex. Zagrebelsky, «Processo costituzionale», in *Ene, di Dir.,* XXXVI, 1988, p. 653.

dos possíveis da lei mas nunca uma *revisão do seu conteúdo*[9]. *A* interpretação conforme à constituição tem, assim, os seus limites na «letra e na clara vontade do legislador», devendo «respeitar a economia da lei» e não podendo traduzir-se na «reconstrução» de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto[10]. Argumenta-se, essencialmente, com o facto de a admissibilidade de uma correcção intrínseca da lei ser um processo muito mais atentório do *favor legis-latoris,* ou seja, da preferência legislativa constitucionalmente con-cretizadora, do que a declaração ou reconhecimento de inconstitu-cionalidade. Aqui uma lei pode ficar sem efeito, mas o concretizador da constituição continuará a ser o legislador ao qual será sempre possível elaborar leis em substituição das consideradas inconstitucionais. Pelo contrário, a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma *usurpação* de funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei. Por outras palavras: a interpretação conforme a constituição deve respeitar o texto da norma interpretanda e os fins prosseguidos através do acto normativo sujeito a controlo[11].

2. Competência do TC e competência do tribunal *a quo*

Outro caso de limites conexiona-se com a observância do princípio da conformidade funcional na delimitação rigorosa entre as funções do TC e as funções do tribunal *a quo* nos processos de fiscalização concreta. Trata-se de saber se o Tribunal Constitucional, além da alternativa constitucionalidade-inconstitucionalidade, poderá optar por uma terceira via que é a de tentar uma interpretação da norma conforme a constituição, impondo essa interpretação aos tribunais. Contra esta possibilidade argumentar-se-á que, se uma lei é objectivamente plurisignificativa, então trata-se verdadeiramente de uma ques-

[9] Cfr. HESSE, *Grundzuge,* cit., p. 33; SIMON, «Verfassungsgerichtsbarkeit», p. 1283.

[10] Cfr., nestes termos, CARDOSO DA COSTA, «A justiça...», cit., p. 58.

[11] Cfr. ZAGREBELSKY, «Processo Costituzionale», cit., p. 657; PICARDI, «Le sentenze integrative delia Corte Costituzionale» in *Scritti in onore di C. Mortati,* p. 627; BETTERMANN, *Die Verfassungskonforme Auslegung,* 1986, p. 33 ss. Entre nós, cfr. também JORGE MIRANDA, *Manual,* II, p. 265 ss.

tão de interpretação da lei, tarefa que pertence ao juiz encarregado de aplicar o direito e não ao órgão fiscalizador da constitucionalidade. Pelo menos, o monopólio do TC não se estende para lá do controlo de conformidade das normas com a constituição e da eventual declaração da inconstitucionalidade das mesmas[12]. O Tribunal Constitucional ou declara inconstitucional a norma em discussão ou a considera isenta de qualquer irregularidade. Esta redução dicotómica não chega, porém, a atingir o cerne do problema. O TC encarregado de controlar a constitucionalidade da norma não pode ser impedido de verificar se, ao lado da interpretação dada pelo tribunal recorrido a favor da inconstitucionalidade, não haverá uma interpretação favorável à manutenção da validade da norma. Surgirão teoricamente três possibilidades: (1) ou o Tribunal Constitucional, não obstante considerar possível conservar a norma através da via da interpretação de acordo com a constituição, a declara inconstitucional; (2) ou o Tribunal Constitucional, ao verificar ser possível um entendimento conforme a constituição, declara a norma irrestritamente válida; (3) ou o Tribunal Constitucional considera a norma válida, mas apenas nos termos de uma interpretação conforme a constituição (cfr. LTC, 80.°/3).
Se a primeira solução tem contra si a presunção da constitucionalidade das leis, a segunda tem a desvantagem de o juiz, encarregado de decidir o caso concreto, poder optar pelo sentido menos conforme com a constituição.
Resta saber se, com a terceira solução, o Tribunal Constitucional não passará de um tribunal com funções específicas, competente para julgar recursos «restritos à questão da inconstitucionalidade», a uma superinstância, decisivamente influente na solução das questões submetidas à apreciação dos tribunais civis ou administrativos[l3]. O cerne da questão reconduz-se, assim, a determinar se nos recursos de inconstitucionalidade, a norma em causa é a "norma em abstracto, ou antes a norma com o sentido concreto que o tribunal lhe atribuiu[13a]. «De qualquer modo, o art. 80.°/3 da LTC não deixa dúvidas que «no caso de o juízo de constitucionalidade ou de ilegalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se

[12] Cfr. R. WANK, «Die Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte», in *JUS,* 1980, p. 545 ss.
[13] Cfr. HESSE, *Grundziige,* cit., p. 3.
[13a] Assim, preciosamente, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* p. 271; *Constituição da República,* anotação XXVI ao art. 280.°; JORGE MIRANDA, *Manual,* II p. 266.

fundar em *determinada interpretação da mesma norma,* esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa». Cfr. Acs. TC 340/87 e 398/89.

3. Direito pré-constitucional e controlo judicial correctivo

Os argumentos referidos em 1 e 2 contra a possibilidade de uma *correcção ou adaptação da lei* por via de interpretação conforme a constituição, se parecem suficientemente sólidos quanto ao direito *pós-constitucional,* já se mostram mais claudicantes quando a questão se põe relativamente ao direito *pré-constitucional.* Aqui perderá força a consideração de a lei se presumir de acordo com a constituição. A lei é anterior à constituição e esta pode nortear-se por princípios radicalmente diversos dos que informavam a constituição anterior.

WENGLER demonstra a este respeito que «em toda a parte do mundo, as modificações das circunstâncias de facto, das concepções políticas, culturais e morais, e, sobretudo, ainda da restante legislação pela qual a regra jurídica em questão como se encontra rodeada, conduzem sem intervenção de uma especial *lex posteriori,* à rejeição do direito contrário aos princípios, isto é, em contradição com os novos princípios[14]. O espírito da nova legislação «exorcizará» o direito antigo, formal, que ainda se encontra em vigor[15]. Em conformidade com estas ideias, considera WENGLER que os limites, assinalados depois de 1945, à aplicação de leis nacional-socialistas, são uma *«extrinsecação de uma cláusula geral que é própria de quase todas as ordens jurídicas civilizadas e que autoriza o juiz a adaptar o direito que lhe é dado às circunstâncias espacial ou temporalmente modificadas»* [16].

Uma parte da doutrina admite a figura da *ab-rogação* de todo o o direito anterior à entrada em vigor da Constituição contrário às normas e princípios nesta consignados. Sendo assim, lógico seria admitir a correcção ou adaptação das leis pré-constitucionais através da interpretação da Constituição. Nem seria necessária uma cláusula geral tão ampla como a referida por WENGLER. Bastaria que a *interpretação conforme a Constituição* englobasse a *complemen-tação e desenvolvimento* do direito pré-constitucional, de forma a «harmonizá--lo, quanto ao conteúdo, com os princípios da Constituição vigente, e com os princípios das novas leis, interpretando estes de conformidade com aqueles» [17]. Pergunta-se: se o legislador não fizer esta adaptação, podê-la-ão fazer os

[14] Cfr. ECKARDT, *Verfassungskonforme,* cit., pp. 46 ss; HESSE, *Grundziige,* cit., p. 33; ENGISCH, *Introdução,* cit., p. 265.
[15] Cfr. ENGISCH, *Introdução,* cit., p. 265.
[16] Cfr. ENGISCH, *Introdução,* p. 265.
[17] Cfr. ENGISCH, *Introdução,* cit., p. 265.

órgãos encarregados de aplicar o direito, designadamente os juizes? Aceitar--se-á que estes, de acordo com as normas político-jurídico fundamentais consagradas na Constituição, poderão adaptar o direito pré-constitucional, tal como presumivelmente o faria o legislador se houvesse de regular a questão ou se houvesse de fornecer o critério de valoração da legislação fascista?[18].
Mesmo nesta hipótese, julga-se estar vedada aos juizes a «feitura» de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior. Aos órgãos aplicadores do direito ficará aberta a possibilidade de *desaplicar* a lei pré-constitucional (arts. 206.° e 207.° da CRP) e *aplicar directamente as próprias normas constitucionais* (art. 18.°). Nem se diga que assim teremos inúmeras lacunas legislativas[19]. É que associados à desaplicação das leis inconstitucionais pelos tribunais devemos assinalar os mecanismos importantíssimos do controlo concentrado pelo TC da inconstitucionalidade por acção e por omissão (cfr. arts. 280.° a 283.°).

III — O princípio da interpretação adequadora

Estritamente conexionado com o princípio da interpretação conforme a Constituição, mas com um sentido mais conformador, o *princípio da interpretação adequadora é* hoje invocado para justificar soluções como as seguintes:

— *simples declaração de inconstitucionalidade sem fixação de nulidade 'ipso jure'* (ex.: casos em que o Tribunal considera uma nova norma constitucional por violação do princípio da igualdade sem pôr em causa a bondade das soluções legais). Cfr. *supra,* Cap. 27.°, B, IV e Cap. 29, C, III.

— acolhimento parcial da inconstitucionalidade, ou seja, a sentença do Tribunal opta pela declaração da *nulidade parcial* das leis, evitando a destruição do acto legislativo *in totó* (cfr. *supra,* Cap. 28, C, III).

[18] Cfr. com a fórmula usada por Wengler, in Engisch, *Introdução,* cit., p. 265.

[19] Reconhece-se que, na verdade, a aplicação imediata das normas constitucionais e a consequente colmatação das lacunas resultantes da desaplicação da lei pré--constitucional nem sempre é possível. A norma constitucional precisará de um mínimo de determinação intrínseca para poder ser considerada uma «norma de *extorsão» (Erzwingungsnorm).* Cfr. Maunz, *Deutsches Staatsrecht.* cit.. p. 215.

A possibilidade de o TC fixar efeitos mais restritos do que os da nulidade *ipso jure é* indiscutível perante a redacção actual do art. 282.74 (cfr. *supra* Cap. 28, C, IIII). O TC só se manterá, porém, dentro dos limites impostos pelo princípio da conformidade funcional, quando recorrer à limitação dos efeitos da declaração da Ínconstitucionalidade a *título de excepção* e ponderar sempre, de acordo com o princípio da proporcionalidade, os custos e benefícios de tal limitação. Já a transformação da excepção em *regra,* abusando sistematicamente da restrição dos efeitos, pode vir a preencher uma hipótese de «excesso de poder» do Tribunal Constitucional[20].

Relativamente aos juizes ordinários, a interpretação adequadora implica quer a possibilidade de eles não suscitarem *ex officio* a questão da Ínconstitucionalidade, quer a faculdade de eles rejeitarem a impugnação feita pelas partes. O eventual «excesso de interpretação adequadora» dos juizes ordinários poderá ser atenuado pelo recurso contra decisões de rejeição de Ínconstitucionalidade nos termos atrás explicitados (cfr. *supra).* Discutível será, porém, o alargamento da faculdade conferida pelo art. 287.74 da CRP aos próprios juizes dos tribunais ordinários. A resposta é, em geral, negativa, pois uma coisa é limitar, de modo abstracto, os efeitos de uma declaração de Ínconstitucionalidade; outra coisa é julgar inconstitucional uma norma e aplicá--la, embora com efeitos restritos. A solução poderá ser diferente nos casos de leis penais.[21] O TC não poderá, aqui, através de nova interpretação adequadora, ultrapassar os limites atrás referidos.

IV — O princípio da não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa

Este princípio radica no facto de o *espaço de prognose legislativa* ser um espaço de livre conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional. O princípio é aceitável se com ele se quer significar que ao legislador ou órgãos de direcção política compete conformar a vida económica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a

[20] Cfr., precisamente, o voto de vencido de Vital Moreira, in Ac. TC n.° 144/ 85, DR I, 4-9-85. Cfr. também, M. Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico,* cit. p. 191.

[21] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação XXVII no art. 286.°; Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 506.

CAPÍTULO 31

PADRÃO VIII — GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO E REVISÃO CONSTITUCIONAL

Sumário

soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional são aqui claros: os tribunais não podem controlar judicialmente, por exemplo, a apreciação da evolução económica global ou a delimitação das quotas de importação para certos produtos. Todavia, as prognoses legislativas podem reconduzir-se também a *conceitos indeterminados* usados em leis concretizadoras das normas constitucionais e incidentes sobre *factos actuais.* Ora o princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa refere-se às «soluções» ou «decisões» das normas adoptadas em situações de incerteza fáctica, mas não à indeterminação das mesmas normas, resultante da sua formulação em termos linguisticamente vagos. É também duvidoso, por ex., se o legislador goza de discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino ou à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde de tal modo que os «juízos de prognose» possam contrariar abertamente as imposições constitucionais[22].

V — O princípio da congruência

De uma forma genérica (cfr. *supra)* pode dizer-se que o Tribunal Constitucional observa o *princípio da congruência* quando respeita a correspondência entre o *pedido* e a decisão, não decidindo nem *ultra petitum* (para além do pedido), nem com outros motivos que não sejam os da *causa petendi,* isto é, as razões ou fundamentos invocados. O problema é complexo porque: (1) em certos processos (fiscalização abstracta) não vigora o princípio do contraditório; (2) certas normas conexas com a norma declarada inconstitucional carecem de sentido depois da nulidade desta última produzir os seus efeitos; (3) o princípio da *causa petendi* não pode ser rigorosamente aplicado, pois isso privaria o Tribunal de fundamentar a sua decisão de forma diferente da alegada no pedido (cfr., LTC, art. 80.7b).

O princípio da congruência tem de relacionar-se ainda com o princípio da limitação da decisão à questão da inconstitucionalidade, pois se o Tribunal Constitucional alargasse os seus poderes à apreciação do mérito da causa principal transformar-se-ia numa «super--instância» ou em «tribunal de revisão», manifestamente incompatível com os preceitos constitucionais (cfr. atrás, n.° 3). Por aqui se vê que

[22] Cfr., na jurisprudência constitucional portuguesa, Ac. TC 25/84, DRII, 4-4-84.

a limitação do Tribunal ao julgamento da questão da inconstitucio-nalidade é o reflexo de um *problema de delimitação de competências* dentro do próprio poder judicial. O critério de delimitação costuma traduzir-se na distinção entre *direito constitucional específico (spezifsches Verfassungsrecht)* e *simples direito ordinário (einfaches Recht).* O Tribunal Constitucional só pode debruçar-se sobre a própria matéria da causa quando houver violação de direito constitucional específico mas não quando houver decisões dos tribunais que aplicam erradamente o direito ordinário. Este critério nem sempre é fácil de aplicar, como o demonstra o caso da regulamentação legal de direitos fundamentais, onde claramente se detectam os efeitos de «irradiação» e de «reciprocidade» entre o direito ordinário e o direito constitucional específico (cfr. *supra).*

VI — O princípio da fundamentação

O anterior princípio da congruência e a limitação da competência do Tribunal Constitucional às questões que envolvem violação do «direito constitucional específico» conexionam-se com o princípio geral do dever de fundamentação de decisões dos tribunais (cfr. art. 210.71). Numa decisão do Tribunal Constitucional interessa saber em que «vícios», «causas», «motivos» ou «fundamentos» ela se baseia para considerar e declarar uma norma inconstitucional. Esses vícios recon-duzem-se, como já se assinalou, aos chamados *vícios de incons-titucionalidade material,* aos *vícios de inconstitucionalidade orgânica (por vício de competência) e aos vícios de inconstitucionalidade formal (por vício deforma ou 'in procedendo').* Não basta, porém, a invocação genérica destes vícios. A decisão deve especificar quais são, concreta-mente, os vícios existentes e conducentes à declaração da inconstitucionalidade de um acto[23] (cfr., CRP, art. 208.71).

! Cfr. nestes termos, MARCELO R. DE SOUSA, *Valor Jurídico,* cit., p. 189.

Indicações bibliográficas

A, B, C, e **D) GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO E REVISÃO CONSTITUCIONAL**

Bibliografia citada em roda-pé e ainda:

Bryde, B. O. — *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* 1982.
Cicconetti, S. — *La Revisione delia Costituzione,* Milano, 1972. FIEDLER, W. — *Soziale Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung,* Freiburg / Munchen,
1972.
Haugh, H. — *Die Schranken der Verfassungsrevision,* Ziirich, 1947. Hesse, K — «Limites de la mutación constitucional», in *Escritos de Derecho Constitucional,* Madrid, 1983. Honorati, M. L. M. — *// referendum nella procedura di revisione costituzionali,* Milano,
1982.
Lavagna — *Le costituzioni rigide,* Roma, 1964. Pires, F. L. —A *Teoria da Constituição de 1976,* cit., p. 125 ss. Rigaux, F. — *La théorie des limites matérielles à Vexercice de la fonction constituam,*
Bruxelles, 1985. Rossnagel, A. — *Die Ânderungen des Grundgesetzes. Eine Untersuchung von Verfassungsãnderungen,* Frankfurt / M, 1981.
Sousa, M. R. — *Valor Jurídico dos actos inconstitucionais,* p. 286 ss. Sampaio, N. S. — *O Poder de Reforma Constitucional, 2."* ed., Bahia, 1961.
Tosi — *Modificazioni tacite delia Costituzione attraverso il diritto parlamentare,* Milano,
1959. Zagrebelsky, — «Adequamenti e cambiamenti delia Costituzione», in *Scritti Crisafulli,*
vol. VII, 1985, p. 915 ss.

A I *RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E GARANTIA*
DA CONSTITUIÇÃO

I — Rigidez constitucional e garantia da Constituição

Na Constituição portuguesa de 1976 todo o Título II da Parte IV é dedicado ao problema da revisão da Constituição. Da leitura dos arts. 284.° e segs. conclui-se que a Constituição é de *tipo rígido,* pois exige para a sua modificação um *processo agravado* em relação ao processo de formação das leis ordinárias. Todavia, ao contrário do que muitas vezes se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecedor de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este carácter deve procurar-se antes, em sede do *poder constituinte.* As normas de revisão não são *o fundamento* da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte (cfr. *supra).*

Esta escolha de um processo agravado de revisão, impedindo a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário (constituição flexível), considera-se uma garantia da Constituição. O processo agravado da revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia — a rigidez constitucional é um *limite absoluto* ao poder de revisão, assegurando, desta forma, a relativa estabilidade da Constituição.

II — Poder constituinte e poder de revisão

Da posição anterior flui já outra ideia importante: a da superioridade da *função constituinte* em relação *& função de revisão*[1]. Não

[1] Em sentido contrário, cfr., por último, CICCONETTI, *La Revisione delia Costi-tuzione,* Milão, 1972, p. 227. Para outros desenvolvimentos cfr. JORGE MIRANDA, II, pp. 123 ss. Por último, entre nós, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor jurídico do acto inconstitucional,* cit., p. 286 ss. Em sentido muito diferente, cfr. LUCAS PIRES,

quer isto dizer que o poder constituinte se conceba e se arrogue a si próprio, à maneira liberal, como criador de uma constituição imorredoira e universal. Por outras palavras: a ideia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na ideia de *constituição ideal,* alheia ao seu «plebiscito quotidiano», à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações na correlação de forças e indiferente ao próprio «sismógrafo» das revoluções. Mas o que o legislador constituinte pode exigir do poder de revisão é a *solidariedade* entre os princípios fundamentais da constituição e as ideias constitucionais consagradas pelo poder de revisão. Como afirma sugestivamente ZAGREBELSKY[2] «o poder de revisão da constituição baseia-se na própria constituição; se ele a negasse como tal, para substituí-la por uma outra, transformar-se-ia em *inimigo da constituição* e não poderia invocá-la como base de validade». Por outras palavras, colhidas numa obra de PEDRO DE VEGA: «ainda que se entenda como competência da competência, o poder de revisão nem por isso deixa de ter o seu fundamento na constituição, diferentemente do que ocorre com o poder constituinte que, como poder soberano, é prévio e independente do ordenamento»[3]. Esta perspectiva revela-se importante, como adiante veremos, nas questões de *ruptura da constituição* e no problema da chamada *revisão do duplo grau.*

B I *OS LIMITES DA REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO*[4]

I — Os limites formais

Os processos específicos de modificação da constituição baseiam--se essencialmente nas várias formas de participação popular, nas alterações constitucionais, na escolha do órgão a quem é atribuído o poder de revisão, na exigência de um *iter* processual mais complexo do que o processo legislativo normal, e no exercício temporal do poder de revisão.

A Teoria da Constituição de 1976, cit, pp. 125 ss, e Rui MACHETE, «Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional», in RDES, 1987.

[2] Cfr. ZAGREBELSKY, // *sistema costituzionale,* cit. p. 101.

[3] Cfr. PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente,* Madrid, 2.ª ed., 1988, p. 236.

[4] Para uma visão global dos sistemas de revisão em direito comparado cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* Vol. II, p. 134.

1. **Limites quanto ao titular do poder de revisão**

a) *O órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário*

Neste caso, a revisão ou modificação da constituição é feita pelo mesmo órgão que desempenha funções legislativas normais, mas segundo um processo particularmente agravado. O agravamento pode traduzir-se na exigência de um parecer ou participação de outros órgãos[5], na exigência de maiorias qualificadas para a deliberação[6], na exigência de deliberações intervaladas no tempo[7], na renovação dos componentes do órgão legislativo[8].

b) *O órgão de revisão é o órgão legislativo, mas a revisão exige a participação directa do povo*

Aqui a revisão constitucional continua a pertencer ao órgão legislativo, mas as modificações constitucionais carecem de aprovação popular através de *referendum,* preventivo ou sucessivo, facultativo ou obrigatório[9].

[5] Exige-se, por ex., o parecer de um órgão não legislativo. Cicconetti cita o exemplo do Grande Conselho do Fascismo que dava pareceres não vinculantes sobre a revisão da Constituição. Discutido e discutível é, porém, o facto de se saber se um simples parecer não vinculante é elemento suficiente para a rigidificação da Constituição. Cfr. Cicconetti, cit., p. 89.

[6] É a técnica que é acolhida em muitas constituições. Cfr., por ex., art. 146.° da Constituição da U.R.S.S., e art. 79.°/2 da Constituição de Bona.

[7] Cfr., por ex., o art. 138.° da Constituição italiana em que se prescreve: «As leis de revisão constitucional e as outras leis constitucionais são aprovadas por ambas as Câmaras, através de duas deliberações seguidas com intervalo não inferior a três meses...»

[8] Cfr., por ex., o art. 204 da Constituição holandesa e o art. 13 da Constituição belga.

[9] A técnica do *referendum* foi aplicada logo em 1793 pela Convenção Nacional (cfr. art. 115.° da Constituição de 1793). A forma de votação popular sobre o projecto de revisão aprovado pelo Parlamento é a mais vulgar. É o que acontece hoje na Constituição francesa de 1958 (art. 89.°) e, em alguma medida, na italiana (art. 138.°). Como exemplo de participação do eleitorado através de iniciativa popular e consequente votação final, depois da apreciação pela Câmaras Federais e Assembleia Federal, temos a Constituição Suíça (art. 18.°-120.°). Cfr., por último, M. L. Honorati, // *Referendum nella procedura di Revisione Costituzionale,* Milano, 1982. Sobre a possibilidade de referendo de revisão no direito português cfr. em sentido negativo e com bons argumentos Jorge Miranda, *Manual,* II, pp. 149 ss. Em termos inequívocos, no plano do direito positivo, cfr. agora o art. 118.°/2 e 3 da CRP.

c) *O órgão de revisão é um órgão especial*

Neste esquema poderemos descortinar duas hipóteses consoante haja ou não ligação com o órgão legislativo normal. Assim, o órgão especial pode ter como base o órgão legislativo normal (ex.: o órgão de revisão é constituído pelas câmaras em reunião conjunta[10]) ou ser um órgão especialmente eleito para o efeito ".

2. Os limites relativos às maiorias deliberativas

Quando se reconhece ao órgão legislativo ordinário o poder de revisão, é normal a constituição sujeitar as deliberações deste órgão a *maiorias qualificadas,* demonstrativas de uma adesão ou consenso mais inequívoco dos representantes quanto às alterações da constituição. Isto mesmo se passa com a Constituição portuguesa[12]:

— maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções no que respeita às revisões não extraordinárias (art. 286.71);

— maioria qualificada no caso de *revisão extraordinária.*

As revisões extraordinárias, efectuadas em qualquer momento, implicam naturalmente um processo mais agravado e daí: (1) exigência de uma maioria de 4/5 dos deputados em efectividade de funções para a Assembleia da República assumir poderes de revisão (cfr. art. 284.72); (2) exigência de uma maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções para aprovar as alterações deliberadas (art. 286.71).

3. Limites temporais

Este limite costuma ser justificado pela necessidade de assegurar uma certa estabilidade às instituições constitucionais. A Constituição de 1976 oferece um exemplo típico da necessidade de conciliação da

[10] Cfr. o art. 89.73 da Constituição francesa de 1958.

[11] Assim, por ex., a Constituição argentina (art. 30.°) em que se prescreve que «a revisão só pode ser efectuada por uma Convenção convocada para este efeito».

[12] Relativamente às anteriores constituições portuguesas cfr. Constituição de 1822, art. 28.°; Constituição de 1826, art. 140.°; Constituição de 1838, art. 138.°; Constituição de 1911, art. 82.° ss; Constituição de 1933, art. 134.°. Cfr., também, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976,* cit., p. 225.

flexibilidade exigível a um texto constitucional com a *solidificação da legalidade democrática.* Assim:
— estabeleceu-se, na versão originária, um período inicial de quatro anos durante o qual não seriam admissíveis quaisquer alterações (art. 284.71, conjugado com o art. 294.71, na redacção primitiva);
— fixou-se o espaço temporal de 5 anos como o lapso de tempo que deve mediar entre as revisões ordinárias da Constituição (cfr. art. 284.71);
— aceitou-se a *revisão extraordinária em qualquer momento* (art. 284.72), desde que se satisfaçam os restantes requisitos exigidos (maioria qualificada de 4/5).

4. Limites quanto à legitimidade do órgão com poderes de revisão

A fim de se evitar que o legislador ordinário tenha a constituição à sua completa disposição, estabelecem-se requisitos tendentes a impedir que as maiorias parlamentares no poder assumam poderes de revisão para moldar a constituição de acordo com os seus interesses[13]. Alguns desses requisitos são limites materiais de que trataremos adiante. Aqui interessa-nos salientar que, para evitar a consequência referida — reformas constitucionais ao sabor das maiorias parlamentares —, as constituições exigem, por vezes, a renovação dos componentes do órgão legislativo através de eleições. Nesta perspectiva se devem entender os prazos fixados na Constituição portuguesa. A estes prazos está associada a ideia de renovação do órgão legislativo. Desta forma:
(1) ao estabelecer que só na II Legislatura a Assembleia da República teria poderes de revisão, a Constituição quis evitar que, logo na I Legislatura, ao sabor da correlação transitória de forças políticas, se alterasse o compromisso *constitucional,* alcançado, por vezes, com grande dificuldade, na Constituinte (art. 286.71 e 299.71, na redacção originária);
(2) ao estatuir que a «Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data de publi-

[13] Cfr. K. Loewenstein, *Teoria de la Constitución,* cit., p. 176.

cação de qualquer lei de revisão» (art. 284.71), o legislador constituinte pretendeu que fosse a nova Assembleia eleita a assumir poderes de revisão.

5. Limites circunstanciais

A história ensina que certas *circunstâncias excepcionais* (estado de guerra, estado-de-sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo. Isso explica um preceito com o teor do art. 284.°, que proíbe a revisão da Constituição em situações de anormalidade constitucional (estado-de-sítio ou estado de emergência).

II — Os limites materiais[14]

1. Limites superiores e limites inferiores

Uma distinção posta em relevo por Nef [15] coloca-nos interrogativamente perante a questão de saber se uma lei de revisão poderá inserir na constituição qualquer matéria e se poderão ser objecto de revisão todas as normas da Constituição (cfr. *supra).*

Relativamente ao primeiro problema — *limites inferiores* —, a resposta será dada carreando alguns materiais dispersos ao longo deste curso. Já se disse que a totalidade potencial do político leva a considerar problemática uma talhante distinção entre matéria constitucional e matéria não constitucional. Assinalou-se, também, a inexistência de uma *reserva de matéria constitucional,* obrigatoriamente plasmada sob a forma constitucional pelo legislador constituinte. A inexistência de uma reserva de matéria constitucional valerá também em sede do poder de revisão.

[14] Sobre estes limites cfr. K. Loewenstein, *Teoria,* cit, p. 188; Mortati, «Dot-trine generali sulla costituzione», in *Scritti,* cit., Vol. II, p. 223; Cicconetti, *La Revi-sione,* cit., pp. 214 ss, P. Siegenthaler, *Die materiellen Schranken der Verfas-sungsrevision ais Problem des positiven Rechts,* Bem, 1970, p. 128 ss; Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional,* cit., p. 235 ss; Jorge Miranda, *Manual,* II, pp. 152 ss.

[15] Cfr. H. Nef, «Die materielle Schranken der Verfassungsrevision», in ZSR, 1942, pp. III ss.

Quanto ao segundo ponto — *limites superiores* —, existem, efectivamente, limites ao poder de revisão, pois algumas normas da constituição não podem ser objecto de revisão. A determinação das normas constitucionais que, por constituírem o *cerne da constituição,* não podem ser objecto de revisão, conduz-nos aos desenvolvimentos seguintes.

2. Limites expressos e limites tácitos

Limites expressos são os limites previstos no próprio texto constitucional. As constituições seleccionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão. Exemplo característico e muito significativo é o art. 288.° da Constituição portuguesa (cfr. também art. 82.72 da Constituição de 1911)[16].

Outras vezes, as constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há *limites não articulados ou tácitos,* vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em *limites textuais implícitos*[11]*,* deduzidos do próprio texto constitucional, e *limites tácitos* imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta.

O verdadeiro problema levantado pelos *limites materiais* do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? A resposta tem de tomar em consideração a verdade evidente de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos, nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, consequentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares «de dois terços».

[16] Breve resenha da história do problema da revisão nos textos constitucionais portugueses ver-se-á em Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VII, e em Jorge Miranda, *Manual,* Vol. II, pp. 137 ss.

[17] Cfr., por último, Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico,* cit., p. 287.

Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquilidoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*[iS]. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão.
A ideia de limitação do poder de revisão, no sentido apontado, não pode divorciar-se das *conexões de sentido* captadas no texto constitucional. Desta forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional,ou seja, devem ser *limites textuais implícitos.*
Ao exigir-se que estes limites materiais estejam implícitos no texto constitucional procura evitar-se a crítica a que tem sido submetida a teoria da ordem de valores em sede de limites de revisão.
Na verdade, para os autores que aderem à *teoria da ordem de valores, o* poder de revisão teria os mesmos limites do poder constituinte material. A ordem de valores vincularia o legislador de revisão à não emanação de normas constitucionais contrárias à ordem de valores. Tal como rejeitámos esta teoria em sede de poder constituinte, igualmente a rejeitamos em sede de poder de revisão. E agora ainda com esta consideração: poderão existir certos «valores», certos princípios ideológicos ou politicos que o legislador constituinte alçou à categoria de princípios fundamentais da Constituição e que podem não estar contidos numa hipotética ordem de valores.
Deve dizer-se, porém, que a dedução de *limites implícitos,* mesmo com recepção no texto constitucional, nem sempre se apresenta isenta de dificuldades, havendo autores que, perante a insegurança e oscilação na enumeração e definição dos limites implícitos, defendem mesmo a inexistência de limites tácitos. Para esta doutrina, os limites materiais seriam apenas os expressamente previstos no texto constitucional; só os *limites textuais expressos* seriam *autênticos* limites de revisão. Embora se possa admitir que esta doutrina tem ainda a seu favor a presunção de modificabilidade de normas anteriores por normas posteriores do mesmo grau, não devem minimizar-se os resultados a que ela conduzirá quando levada até às últimas consequências. As constituições que não previssem limites textuais expressos transformar-se-iam em meras *leis provisórias,* em *constituições em branco (Blanko-Verfassung),* totalmente subordinadas à discri-
[18] Cfr. HESSE, *Grundziige,* cit., pp. 272 e 273.

cionariedade do poder de revisão. Mas, a aceitarem-se limites imanentes deduzidos a partir do «telos» constitucional, então terá de exigir-se que esses limites não sejam meros *postulados,* mas autênticas *imposições* da constituição, verdadeiros limites impostos por vontade da constituição» *(Wille der Verfassung)*[19]. Assim, e não obstante o desenvolvido catálogo de *disposições de intangibilidade* constantes do art. 288.° da Constituição, ainda poderíamos acrescentar como imposições constitucionais de intangibilidade, não expressamente formuladas, a integridade do território (art. 5.°) e o próprio art. 288.° Este último exemplo leva-nos à discussão da modificabilidade ou não modificabilidade das próprias normas de revisão.

3. Limites absolutos e limites relativos

Consideram-se *limites absolutos* de revisão todos os limites da constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão; serão simples *limites relativos* aqueles limites que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites.

A existência de *limites absolutos* é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da *dupla revisão*[20]. Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que

[19] Cfr. SIEGENTHALER, *Die materiellen Schranken,* cit, p. 168.

[20] Cfr. MORTATI, *Dottrine generali,* cit., p. 226; CICCONETTI, *La Revisione,* cit., p. 255; BISCARETTI DI RUFFIA, «Sui Limiti delia Revisione Costituzionale», in *Annali dei Seminário Giurídico,* Universidade de Catania, Vol. III, 1949, p. 125; REPOSO, *La forma repubblicana secondo il art. 139 Cost.,* Padua, 1972. O problema tem suscitado larga discussão na doutrina portuguesa. Cfr. JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976,* pp. 234 55; *idem, Manual,* II, pp. 159 ss. A nossa posição encontra-se desenvolvida em GOMES CANOTILHO, «O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa», in *Fronteira,* 1979. Hoje algumas das considerações deste trabalho encontram-se ultrapassadas ou relativizadas. Cfr. ainda MARCELO REBELO DE SOUSA, «Os partidos políticos na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição,* org. de JORGE MIRANDA, II, 1983, p. 71; *Direito Constitucional, Introdução à Teoria da Constituição,* cit., pp. 78 ss; AMANCIO FERREIRA, «Reflexões sobre o poder constituinte em Portugal, in *Fronteira,* n.° 3 (1978), pp. 87 ss; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VI; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Valor Jurídico,* cit., p. 284.

alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um carácter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional. Assim, os limites de revisão constantes dos arts. 286.° ss da Constituição poderiam ser ultrapassados se o legislador de revisão abrogasse, em primeiro lugar, estas normas, e, posteriormente, estabelecesse as alterações julgadas necessárias, de acordo com a *lei de revisão sobre normas de revisão.*

A tese do *duplo processo de revisão,* conducente à *relatividade* dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como *normas superconstitu-cionais.* Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. Neste caso, sim, as disposições dos arts. 286.° e seguintes serão simples proibições ineficazes em face de alterações constitucionais directamente dirigidas à ruptura constitucional. Por outro lado, a supressão dos limites de *revisão através da revisão* pode ser um sério indício de *fraude à Constituição (fraude à la Constitution, Verfassungsbeseitigung)* de que falaremos a seguir. Finalmente, em termos jurídico-constitucionais, não se compreende bem a lógica da dupla revisão ou procedimento de revisão em duas fases. As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos *pressupostos* da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar[21]. Acresce que o princípio básico atrás referido sobre as fontes de direito (cfr. *supra)* vale também aqui: nenhuma fonte pode dispor do seu próprio regime jurídico arrogando-se um valor que constitucionalmente não tem.

De qualquer modo, a impossibilidade da dupla revisão não é um elemento impeditivo de alterações substanciais, constitucionalmente legítimas. Os limites materiais devem considerar-se como garantias de determinados *princípios,* independentemente da sua concreta expres-

[21] Cfr. Alf Ross, *Diritto e giustizia,* 1965, p. 77 ss.; Zagrebelsky, *// sistema,* cit., p. 102; Acosta Sanchez, *Teoria dei Estado,* cit., p. 608 ss. Em sentido diferente cfr. Jorge Miranda, «Os limites materiais da revisão», in *Revista Jurídica,* 13/14 (1990), p. 13 ss.

são constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição[22].

III — Revisão expressa e revisão tácita

Aos limites formais acabados de referir deve acrescentar-se um outro requisito formal de relevante significado: a necessidade de a revisão da constituição ser feita de modo expresso. Quer se trate de *supressão* de normas, quer se trate de uma *substituição* do texto constitucional, quer de *aditamentos,* todas estas alterações são inseridas no lugar próprio da Constituição, publicando-se conjuntamente a Constituição, no seu novo texto, e a lei da revisão (art. 286)[23]. Excluem-se, pois, as chamadas *revisões tácitas* ou revisões materiais irrecognos-cíveis, em que não se declara, de modo explícito, a vontade de alterar o texto num dado sentido e cujas desvantagens têm sido justamente assinaladas. A técnica dos *amendments* americanos, em que os artigos suplementares que constituem a emenda da constituição não se inserem no texto da constituição, antes se registam ao lado da constituição, já havia demonstrado os inconvenientes deste procedimento. Não se indicando qual a disposição constitucional emendada e não se precisando totalmente o sentido da emenda, fica-se sem se saber, em rigor, qual o texto constitucional vigente. A não inserção das alterações no próprio texto da constituição não conduz, como alguns pretendem, ao princípio geral da abrogação das leis (salvo disposição em contrário, as leis derrogam os actos legislativos anteriores com elas contrastantes). É que, por um lado, a nível constitucional, não pode reinar a incerteza com que topamos em muitos casos de revogações tácitas. Ter dúvidas sobre o direito constitucional em vigor é muito mais grave do que haver incerteza quanto ao direito infraconstitu-cional efectivamente vigente. Por outro lado, se às modificações tácitas aliarmos o efeito da *desconstitucionalização* mais uma razão haverá para as encararmos com reticências. Segundo a tese da *desconstitucionalização por via de modificações tácitas* as normas constitucionais que fossem objecto de revisão continuavam a constar do

[22] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* cit., anotação ao art. 288.°. Neste sentido cfr. expressamente Zagrebelsky, // *sistema costituzionali dellefonti,* cit. p. 103.
[21] Cfr. precisamente a LC n.° 1/82, de 30 de Setembro de 1982 (1 ,ª Revisão da Constituição).

texto constitucional, mas não possuíam já valor constitucional. Sobre elas incidirá o fenómeno da *desconstitucionalização,* o que permitia a sua alteração futura por processos legislativos normais, sem as exigências do processo de revisão. Quer dizer: por dedução, extraída de leis constitucionais colocadas ao lado do texto constitucional, certas normas constitucionais, embora formalmente constitucionais, seriam desclassificadas e rebaixadas ao valor de leis ordinárias. Não se vê, na própria lógica da doutrina das modificações tácitas, como isto seja possível: as leis constitucionais de revisão revogam, alteram ou acrescentam o texto constitucional que, na parte modificada, deixa de subsistir. O texto constitucional ou permanece válido com valor constitucional ou deixa de existir.

Não se confunda esta *desconstitucionalização,* operada por modificações tácitas, com a *desconstitucionalização* decretada *expres-sis verbis* pelo legislador constituinte. Aqui é o legislador constituinte que se pronuncia, de forma expressa, sobre o direito constitucional, nada impedindo que degrade certas leis, consideradas com valor constitucional formal, em leis ordinárias (cfr. art. 290.°).

Exemplo curioso de *desconstitucionalização* de normas constitucionais inseridas na própria Constituição é fornecido pelo art. 144.° da Carta Constitucional no qual se dispunha que «só é constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias[24]. Por sua vez, esta distinção reconduzia-se ao pensamento de B. CONSTANT para a qual tudo o que não se referia aos limites e atribuições dos poderes, aos direitos políticos e aos direitos individuais não faz parte da constituição e pode ser modificado pelo concurso do Rei e das duas Câmaras. Cfr. BENJAMIN CONSTANT, *Esquisse de Constitution,* Paris, 1814. Cfr. também o art. 292.° da CRP relativo ao Estatuto de Macau.

IV — Revisão total e revisão parcial

Acabamos de ver que a revisão pode consistir na renovação de certas disposições através da *supressão, substituição ou aditamento* de normas. Trata-se sempre de *alterações parciais* da constituição.

[24] Possivelmente, o art. 144.° pretendeu dar guarida à distinção que a doutrina francesa havia feito no domínio das cartas constitucionais de 1814 e 1836 entre *«arti-cles réglementaires»* e *«articles fondamentaux».* Cfr. STEINER, *Verfassungebung,* cit., p. 182. Sobre a desconstitucionalização, cfr. JORGE MIRANDA, *Decreto,* cit., p. 97; *A Constituição de 1976,* cit., p. 127.

Mas pode também conceber-se uma *revisão total* que consistirá na substituição do texto da constituição por um outro completamente novo. É o que se chama *revisão total* em sentido formal[25]. Outras vezes fala-se em *revisão total* em *sentido material* para exprimir a ideia de alteração de normas constitucionais caracterizadoras de um Estado. Neste caso, a revisão total é *camuflada*[26], dado que, rigorosamente, consiste numa revisão parcial incidente sobre o cerne político da constituição.

A possibilidade de uma revisão total está expressamente prevista em algumas constituições[27]. Todavia, nos ordenamentos constitucionais onde tal possibilidade não está consagrada, *expressis verbis,* costuma entender-se que a revisão total é um *limite* da revisão parcial[28]. Significa isto que uma alteração da constituição que surja como revisão total da constituição não pode ser efectuada pela via da revisão parcial. Em termos de poderes competentes, isso traduz-se na afirmação da exclusiva competência do poder constituinte para efectuar tal revisão e na subtracção ao poder de revisão da possibilidade de operar qualquer revisão total da constituição.

Num plano político, a consagração da cláusula de revisão total pode encarar-se como uma «válvula de escape»[29] para situações em que o documento constitucional deixou de ter força normativa. Nestes casos, porém, é mais normal a *transição revolucionária* (Portugal em 1974, ex-países do Leste) ou a *transição por transacção* (Espanha, Brasil) do que a revisão total da constituição[30]. Daí o facto de os autores lhe assinalarem um valor prático relativamente diminuto.

V — Revisão e desenvolvimento constitucional

As considerações anteriores pressupõem a ideia de um sistema jurídico dotado de constituição na qual existe um *núcleo constitutivo de*

[25] Cfr. P. SIEGENTHALER, *Die materiellen Schranken,* cit., p. 140.

[26] Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución,* cit., p. 198.

[27] Assim, por ex., as constituições da Suíça e dos Estados Unidos.

[28] Cfr. SIEGENTHALER, *Die materiellen Schranken,* cit., p. 129.

[29] Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución,* cit., p. 185.

[30] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* Vol. II, p. 439. No campo dos estudos poli-tológicos fala-se precisamente em «transição via transacção». Cfr. G. DE PALMA, «Founding Coalitions in Southern Europe. Legitimacy and Hegemony», in *Government and Opposition,* 2/1980, p. 166; D. SHARE, *Transition Trough Transaction. The Politics of Democratization in Spain,* 1975/77, Stanford, 1983.

identidade[31]. A identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do «sempre igual», pois num mundo sempre dinâmico a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade. Neste sentido se compreende a sugestão do conceito de *desenvolvimento constitucional*[32] para significar o conjunto de formas de evolução da constituição (nova compreensão, por ex., dos direitos fundamentais, nova compreensão das normas de procedimento e de processo, novas dimensões dos meios de comunicação social, novas normações no seio da sociedade civil) e para exprimir aquilo que se poderá chamar a *garantia de identidade reflexiva*[33]. Garantir a *identidade reflexiva* de uma constituição significa dotar a constituição de *capacidade de prestação* em face da sociedade e dos cidadãos. Neste sentido, algumas das alterações à Constituição aprovadas na 2.ª revisão (de 1989) devem ser interpretadas (não obstante as eventuais reticências que elas pudessem merecer quanto à tangibilidade das cláusulas materiais limitativas da revisão) como um esforço no sentido de manter a *reflexividade* do texto constitucional: reforçar a identidade mediante a actualização da capacidade de prestação perante os homens e a sociedade[34].

VI — Revisão e revisionismo

No campo da ciência política e do direito constitucional dis-tingue-se, por vezes, entre *revisão* e *revisionismo* ou entre *revisão em sentido processual* e *revisão em sentido ideológico.* Na acepção pro-cessual a palavra revisão significa a modificação de um ou vários

[31] Para as relações de «identidade» e de «reflexão sistémica», cfr. N. Luh-mann, *Rechtstheorie,* 10 (1979), p. 159 ss. No plano constitucional cfr. P. Kirchhof, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Gehalten» in J. Isensee / P. Kirchhof, (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Vol. I, 1987, p. 775 ss.

[32] B. O. Bryde, *Verfassungsentwicklung,* p. 20 ss. Entre nós, cfr. Lucas Pires, *A Teoria da Constituição,* cit., p. 125 ss, que hipertrofia o conceito de desenvolvimento constitucional aproximando-se do «revisionismo».

[33] Cfr. Luhmann, «Selbstreflexion des Rechtssystems», in *Rechtstheorie,* 1979, p. 159 ss.

[34] Cfr. os juízos sobre a *2."* revisão da constituição de Vital Moreira, «A segunda revisão constitucional», in *Revista do Ministério Público,* 7/1990, p. 9 ss; Jorge Miranda, *Manual,* I, 4.ª ed., 1990, p. 393; José Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional,* cit., p. 101. Cfr. ainda o «Painel» sobre a revisão publicado em *Revista Jurídica,* 13/14 (1990), p. 249 ss. Vide também Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VII.

pontos específicos de uma constituição. No sentido ideológico a revisão identifica-se com *revisionismo* entendido como o movimento politico-social que reivindica a revisão global da constituição para operar uma mudança de regime[35]. Neste caso, o programa de revisão não é uma simples proposta de *amendement* (emenda) mas um programa de oposição ao regime.

C I *REVISÃO CONSTITUCIONAL EINCONSTITUCIONALIDADE*

Como acabámos de estudar, a revisão está constitucionalmente sujeitas a limites formais, circunstanciais e materiais. A não observância, pela lei de revisão, dos limites estabelecidos na constituição, coloca-nos perante o problema da desconformidade constitucional das leis de revisão, problema esse que não é substancialmente diferente do problema da inconstitucionalidade das leis ordinárias, dado que o poder de revisão é um poder constituído e não uma novação poder constituinte. De qualquer modo, do ponto de vista dogmático, os vícios de revisão não se reconduzem a uma figura unitária, com natureza e efeitos semelhantes em todos os casos. Daí a necessidade de uma aproximação tipológica.

I — Inexistência das leis de revisão

1. Leis de revisão e incompetência do órgão

Nos casos de *falta de competência absoluta* dos órgãos de que emanou a lei de revisão (ex.: lei de revisão aprovada pelo Governo, por plebiscito ou referendo[36], sob proposta do Governo ou do Presidente da República) é evidente que a lei está viciada de *inexistência,*

[35] Para esta caracterização cfr. JEAN-LOUIS QUERMONNE, «Les politiques insti-tutionnelles», in GRAWITZ/LECA, *Traité de Science Politique,* vol. IV, p. 75. Entre nós, articulando os dois sentidos de revisão referidos no texto cfr. LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976,* cit., p. 125 ss., 174 ss.

[36] É evidente que se rejeita o recurso ao referendo plebiscitário ou ao plebiscito, sem consagração constitucional, como forma legítima de revisão constitucional.

pois só a Assembleia da República é constitucionalmente competente para fazer leis de revisão. Dos casos de *carência absoluta* de poderes de revisão, devem aproximar-se duas outras hipóteses: (1) leis de revisão aprovadas pela Assembleia da República, mas fora dos casos em que esta, nos termos constitucionais, tem poderes de revisão (exs.: lei de revisão aprovadas antes de decorridos cinco anos — a não ser que se trate de revisão extraordinária nos termos do art. 284.°/2 sobre a anterior lei de revisão —; a lei de revisão aprovada durante o estado--de-sítio); (2) leis de revisão votadas pela Assembleia da República no uso de poderes de revisão, mas não aprovadas pela maioria qualificada constitucionalmente exigida (art. 288.71)[37].

Isto é hoje indiscutível em face do art. 118.° que afasta o referendo constitucional. Cfr., porém, Lucas Pires, *A Teoria da Constituição,* cit. p. 174. Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico,* cit., p. 292, considera também como inexistentes as «pretensas leis constitucionais aprovadas por referendo quaisquer que sejam a sua modalidade e o seu regime». Para uma discussão do problema vide a controvérsia na doutrina francesa a propósito da revisão plebiscitaria de 1962. Cfr. G Berlia, «Le problème de la constitutionnalité du referendum du 28 Octobre», in *RDPSP,* 1962; H. Duval / P. Y. Leblanc / Dechoisay / P. Mindu, *Referendum et plebiscite,* 1970; e, por último, Pactet, *Institutions Politiques,* cit., p. 262; J. M. Denquin, *Referendum et plebiscite,* Paris, 1976; G. Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques,* 18." ed., 1977, Paris, p. 649. O problema foi também discutido em Itália a propósito da L n.° 352, de 25 de Maio de 1970, que estabeleceu as condições de exercício do referendo popular abrogativo. Que o referendo não abrange as leis constitucionais e a Constituição parece ser opinião dominante da doutrina. Cfr. Cicconetti, *La Revi-sione,* cit., pp. 73 ss; Crisafulli, *Lezioni,* cit., Vol. II, p. 89; Mortati, *Istituzioni,* Vol. II, cit., p. 846; T. Martines, *Diritto Costituzionale,* cit., p. 327. Para Mortati «é óbvio» que o *referendum* abrogativo previsto na lei ordinária não pode «subverter» o regime constitucional de revisão do art. 138.° da Constituição italiana. Vide posição duvidosa em Barile, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* Padua, 1978, p. 410. Sobre o problema do referendo em geral no direito italiano cfr., por último, De Marco, *Contributo alio studio dei referendum nel diritto italiano,* Padua, 1974. Entre nós, veja-se a *mise au point* de Jorge Miranda, *Manual,* II, pp. 470 ss.

[37] Cfr. Grosskreutz, *Normwiderspruche in Verfassungsrecht,* Koln / Berlin / / Bonn / Miinchen, 1966, que fala aqui de «contradições normativas constitucionais» Lavagna, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* 3." ed., 1976, p. 217; Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* Vol. II, 9.ª ed., 1976, p. 1396. Por último, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico de Acto Inconstitucional,* p. 292, que contudo, alarga a inexistência a casos altamente duvidosos (exs.: «pretensas leis constitucionais internamente incongruentes ou incoerentes», «pretensas leis constitucionais aprovadas sob coacção moral». Já o alargamento da inexistência a «pretensas leis inconstitucionais que violam manifesta e evidentemente os direitos absolutos dos cidadãos» nos parece digna de consideração, em consonância com o que atrás foi dito sob a inexistência de leis ordinárias.

2. Leis de revisão e ausência de causa ou intenção constituinte[38]

Às leis de revisão constitucional que não indiquem, taxativa e expressamente, as alterações a introduzir no texto constitucional (art. 287.°/l), não se pode atribuir intenção de revisão. Nas questões de alteração formal da Constituição não pode haver deduções implícitas ou tácitas da vontade do órgão de revisão: este tem de, *expressis ver-bis,* demonstrar que quis substituir, suprimir ou aditar a Constituição (art. 287.71).

II — Nulidade das leis de revisão

Dada a existência de limites formais e materiais, as leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista formal e material. Assim acontecerá por exemplo nos casos de: (1) leis de revisão que violam o processo estabelecido no art. 285.71 (como seriam as leis aprovadas mediante proposta do governo ou de uma assembleia regional); (b) leis de revisão que violam os limites materiais do art. 288.°

Problema mais complexo será o da qualificação dos vícios das leis de revisão que violam *limites implícitos* da Constituição (ex.: lei de revisão que viole o princípio da integridade territorial do Estado estabelecido no art. 5.°). A resposta à questão da existência de limites implícitos será aqui uma *questão prévia* à caracterização jurídica do vício eventualmente existente[39].

Dificuldades surgirão ainda quando as leis de revisão, sem estabelecerem alterações formais, atribuem diferentes efeitos jurídicos aos preceitos constitucionais originários (por ex.: introdução de mais limites inerentes aos direitos fundamentais ou alargamento de leis restritivas dos direitos fundamentais). Não obstante se entender que os limi-

[38] Cfr. Jorge Miranda, A *Constituição de 1976,* cit., p. 227; *Manual,* II, pp. 469 ss. Por esta razão é que Grosskreutz, *Normwiderspruche im Verfassungs-recht* cit., p. 91, afirma que uma lei de revisão que não determine ou especifique as alterações é uma lei inconstitucional, mas nem sequer chega a existir uma *contradição normativo-constitucional,* porque o texto da revisão não foi formalmente incorporado na Constituição.

[39] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição,* p. 1056; Jorge Miranda, *A Constituição de 1976,* cit.. p. 227; Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico,* cit. p. 294.

tes materiais de revisão se referem aos *princípios,* independentemente da sua expressão concreta na Constituição[40], parece que o núcleo essencial, tal como o legislador constituinte o definiu, e o sistema geral de regulamentação do exercício, se devem inserir na garantia material prevista no art. 288.7/ para os direitos, liberdades e garantias (por ex.: substituição do regime repressivo ou de declaração judicial por um regime administrativo preventivo seria vedado ao legislador de revisão). A inconstitucionalidade material e formal das leis de revisão pode e deve ser apreciada pelos tribunais (art. 207.°) e pelo Tribunal Constitucional nos termos dos arts. 280.° e 281.° da CRP, ou seja, segundo o processo de fiscalização sucessiva, havendo algumas dúvidas quanto à possibilidade de controlo preventivo[41].

DI *AS RUPTURAS CONSTITUCIONAIS*
[42]

I — Caracterização

As chamadas *rupturas constitucionais* traduzem-se na «quebra» de certas normas da constituição para os casos excepcionais, permanecendo o texto em vigor para os restantes casos. A *ruptura* constitucional abriria ao legislador de revisão a seguinte possibilidade: criar uma disciplina especial contrária à constituição para determinados casos concretos, mantendo-se, no entanto, a validade geral das normas constitucionais.

A favor da admissibilidade das rupturas constitucionais poderiam invocar-se vários argumentos.

[40] Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição,* cit., anotação VI ao 288.° Cfr. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzioni italiana,* Padua, 1972, pp. 77 ss; Grosskreutz, *Normwiderspriiche,* cit., pp. 84 e 88.

[41] Cfr. Jorge Miranda, *Manual,* II, p. 506; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Cap. VII. Por último, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, *Valor Jurídico,* cit., p. 295, que nega a possibilidade de fiscalização preventiva, mas aceita depois essa fiscalização quando se tratar de inexistência.

[42] Sobre as rupturas constitucionais cfr. especialmente Ehmke, «Verfassungsan-derung und Verfassungsdurchbrechung», in *AOR,* Vol. I (1935-54), pp. 385 ss; Motzo, «Disposizioni di revisione materiale e provvedimento di 'rottura' delia Costituzioni», in *Ras.DP,* 1964, Vol. I, p. 323; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional,* cit., p. 110; Jorge Miranda, *Manual,* II, pp. 434 ss.

A própria constituição prevê *auto-rupturas (Selbstverfassungs-durchbrechung).* Era o que se verificava em algumas disposições finais e transitórias da nossa Constituição, na redacção originária: «constitucionalizava» transitoriamente certas incapacidades eleitorais, estabelecendo uma disciplina excepcional em relação ao art. 13.° (princípio da igualdade) e ao art. 48.° (participação na vida pública). O art. 294.° ainda mantém em vigor a L n.° 8/75, incriminatória dos agentes e responsáveis da ex-PIDE/DGS, em excepção ao art. 29.° (aplicação da lei criminal).
Tal como se admite em relação às leis que estas revistam a forma de leis-medida, também em relação às leis de revisão são concebí-veis *leis de medida constitucionais (verfassungsrechtliches Massnah-megesetze).* Mas já é discutível a admissibilidade de uma *lei constitucional, individual* e *concreta,* consagradora de um regime excepcional em relação às normas da Constituição garantidoras de direitos, liberdades e garantias[43].
Rigorosamente, o que as constituições proíbem é não tanto a *ruptura da constituição* como a *ruptura sem alteração do texto (Ver-fassungstextdurchbrechung).* Um regime excepcional seria então perfeitamente admissível, cumpridos que fossem os requisitos formais e os limites materiais da revisão.
' Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual,* IV, p. 336.

1

CAPITULO 32

PADRÃO IX — AS ESTRUTURAS DE EXCEPÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário

A) «INCORPORAÇÃO CONSTITUCIONAL» DO DIREITO DE NECESSIDADE

I — A «incorporação constitucional» do direito de necessidade

II — O direito de necessidade na história constitucional

1. O processo de legitimação e legalização do direito de necessidade
2. O direito de necessidade estadual nas constituições portuguesas

III — As técnicas de juridicização constitucional dos estados de excepção

B) O DIREITO DE NECESSIDADE ESTADUAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

I — A tipologia de estados de necessidade na Constituição de 1976

1. Estado de necessidade externo
2. Estado de necessidade interno

II — O problema da suspensão individual dos direitos, liberdades e garantias

III — A disciplina constitucional dos estados de necessidade constitucional

1. A competência para a declaração do estado de sítio e do estado de emergência
2. As «medidas» do estado de sítio ou se emergência
3. As restrições aos direitos fundamentais
4. O controlo parlamentar da declaração do estado de necessidade
5. A intervenção governamental
6. O controlo jurisdicional da declaração do estado de sítio ou de emergência

6.1 Subsistência do acesso à judiciária

6.2 O Tribunal Constitucional como «defensor da constituição de necessidade»

7. Responsabilidade política

Indicações bibliográficas

A) A **INCORPORAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE NECESSIDADE**

ANOIOLINI, V. —*Necessita ed emergenzú nel diritto pubblico,* Padova, 1986. HESSR, K. — «Grundfragen einer verfassungsmässigen Normierung des Ausnahmezus-tandes», in *JZ,* 1960, pp. 105 ss.

LAMARQUE, A. — «La théorie de la necessite et 1'article 16 de la Constitution», in *RDPSP,*
1961, p. 558. BALLREICH, H. — *Das Staatsnotsrecht in Belgen, Frankreich, Grofibritanien, Italien, den*
Niederlanden, der Schweiz und der Vereinigten Staaten vonAmerika. 1955. BOLDT, H. — «Der Ausnahmezustand in historischer Perspektive», in *Der Staat,* 4/1967,
p. 410. CASTBERG, F. — «Le droit de necessite en droit constitutionnel», in Mélanges Gidel, 1961,
p. 106 ss. FERNANDEZ SEGADO, F. — *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Espanai,*
Madrid, 1977.
FRIER, P. L. — *Vurgence en droit public français.* Paris, 1987. LEROY, M.—*Vorganisation constitutionelle et les crises,* Paris, 1966. SCHMITT, C. — *Die Diktatur,* 3." ed., 1964 (existe trad. esp., Madrid, 1968). VILLALON, P. Cruz — *El Estado de Sitio y la Constitución,* Madrid, 1980. VILLALON, P. Cruz — «El nuevo derecho de excepción», in *REDC,* n.° 2, 1981. VILLALON, P. Cruz — *Estados Excepcionales y Suspension de Garantias,* Madrid, 1984. LOPES PRAÇA — *Estudos sobre a Carta Constitucional,* Vol. I, Coimbra, 1878, p. 145. MARNOCO E SOUSA — *Direito Político,* Coimbra, 1910, p. 749. PELLEGRINO, C. A. — «Emergências constitucionais» in *BMJ,* 361 (1986), p. 525 ss. K. STERN, *Staatsrecht,* Vol. **II,** Munchen, 1980, pp. 1328 ss. TERNEYRE, Ph. «Príncipe de constitutionnalité et necessite, in RDP, 1987, p. 1490 ss. R. ZIPPELIUS, — *Allgemeine Staatslehre,* 10.ª ed., 1987, p. 298 ss.

B) O DIREITO DE NECESSIDADE ESTADUAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1976

GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,*
anotações aos arts. 19.°, 137.°, 141.°, 164.°, 182.°, 200.° e . CORREIA, P. DAMASCENO — *Estado de sítio e de Emergência em Democracia,* Lisboa (s.d.
1989).
MIRANDA, J. — *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, Coimbra, 1993, p. 310 ss. MORAIS, C. B. — *O Estado de Excepção,* Lisboa, 1984.

A I *A «INCORPORAÇÃO CONSTITUCIONAL» DO DIREITO DE NECESSIDADE*

I — A «incorporação constitucional» do direito de necessidade

O presente capítulo intitula-se «estruturas de excepção». A problemática a estudar é tradicionalmente conhecida sob o nome de *estado e/ou direito de necessidade estadual.* Várias outras expressões são utilizadas para aludir a este mesmo problema: «defesa da Constituição», «defesa da República», «suspensão de garantias individuais», «defesa de segurança e ordem públicas», «estado de excepção constitucional», «protecção extraordinária do Estado». Qualquer que seja o enunciado linguístico e qualquer que seja a pré-compreensão dos autores relativa ao «direito de excepção», o leque de questões subjacente à *constitucionalização* do regime de necessidade do Estado reconduz-se fundamentalmente ao seguinte: previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. Trata-se, por conseguinte, de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, «constitucionalizando» o recurso a meios excepcionais, ne-cessários, adequados e proporcionais, para se obter o «restabelecimento da normalidade constitucional». Em termos rigorosos, a constitucionalização de «situações de necessidade» implica a consagração de um *direito* de *necessidade constitucional* e não de um simples *estado de necessidade descul-pante.* Dito por outras palavras: incorporação constitucional de uma disciplina extraordinária para situações de emergência significa que se pretende não apenas uma *causa de justifcação* eventualmente exclu-dente de culpa por factos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional (o que pressupõe a sua «ilicitude constitucional»)

mas uma causa justificativa que exclua a ideia de ilicitude dos mesmos factos ou medidas (o que implica, desde logo, o reconhecimento do direito e dever das autoridades constitucionalmente competentes para recorrer a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionados para afastar perigos graves ou situações de crise que ameaçam a ordem constitucional democrática).

A «constitucionalização» do direito de necessidade estadual considera-se a solução mais conforme com a «ideia constitucional», porque é preferível ser a Constituição a consagrar e a definir os pressupostos dos estados de excepção, a ter de recorrer-se a *princípios de necessidade extra ou supraconstitucional,* susceptíveis de manipulação a favor de uma qualquer «razão de Estado» ou de «segurança e ordem pública», invocada por «chefes» ou «governos» (a ideia clássica de *dictator* anda precisamente associada a situações de necessidade) sem qualquer arrimo normativo - constitucional. A regulamentação constitucional é já uma limitação: *enumeratio ergo limi-tatio.* Neste sentido se pode acolher a afirmação de quanto mais um Estado se torna constitucional tanto mais se impõe a regulamentação constitucional do direito de necessidade (K. STERN). Concretizando melhor: se a «essência» do Estado constitucional é a vinculação dos poderes públicos à Constituição, então não existe qualquer outra fonte de legitimidade, que não seja a «magna carta» do país, relativamente à fixação de competências e à definição dos pressupostos objectivos dos estados de necessidade (K. HESSE). O direito de necessidade constitucional não é um direito fora da Constituição, mas um direito normativo-constitucionalmente conformado. O regime das «situações de excepção» não significa «suspensão da Constituição» ou «exclusão da Constituição» (excepção de Constituição), mas sim um «regime extraordinário» incorporado na Constituição e válido para situações de anormalidade constitucional.

Como se poderá deduzir já do discurso do texto, as estruturas de excepção compreendem-se, sob um ponto de vista normativo-constitucional, a partir da própria Constituição, e não através do apelo a categorias extra-constitucionais («necessidade de existência do Estado», «razão do Estado», «ordem e segurança» ou através do alargamento das competências cons-titucionalmente fixadas (ex.: género de «poderes implicitoso imanentes aos «poderes em estado de guerra»). Cfr. K. HESSE, «Grundfragen einer verfas-sungsmassigen Normierung des Ausnahmezustandes», in JZ, 1960, pp. 105 ss; E. W. BÖCKENFORDE, «Der Verdrangte Ausnahmezustande—zum Handeln der Staatsgewalt in aussergewõhnlichen Lagen», in NJW, 1978, p. 1881; M. KRENZLER, *An den Crenzen der Notstandsverfassung. Ausnahmezustand und Staatsnotsrecht im Verfassungssystem des Grundgesetz.es,* 1974; LEROY,

forgatiisation constitutionelle et les Crises Paris, 1966; H.-E. Holz, *Staa-tsnotstand und Notstandsrecht* Koln, 1962. Uma larga panorâmica histórica sobre a evolução do direito de necessidade ver-se-á em: P. CRUZ Villalon, El *Estado de Sitio y la Costitucionalización de la protección extraordinária dei Estado (1789-1878)* Madrid, 1980; H.-BoLDT, *Rechsstaat und Ausnahme-zustand des biirgerlichen Rechsstaates in 19 Jahrhundert,* Berlin, 1967.
No sentido de que a «necessidade» é uma fonte autónoma de direito (fonte-facto) que não necessita de consagração em normas formais da Constituição, *vide* sobretudo, a literatura italiana. Cfr., por todos, Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico* Vol. II, pp. 702 e 703, que considera a necessidade como fonte de legitimação *extra ordinem.*

II — O direito de necessidade na história constitucional

A «constitucionalização» do direito de necessidade é um pedaço da história do constitucionalismo do séc. XIX. Todavia, a ideia do «direito de necessidade» não surgiu apenas com o constitucionalismo nem é exclusiva do direito constitucional. Por um lado, desde o antigo direito romano que se fala em jus *extremae necessitntis* e em *salus rei publica suprema lex esto* para expressar a existência de um direito de excepção nos casos de crise do Estado e das colectividades organizadas *(res publica).* Por outro lado, o direito de necessidade constitucional encontra expressões paralelas no âmbito do direito internacional (ex.: estado de guerra), do direito penal (ex.: legítima defesa), do direito civil (ex.: legítima defesa e direito de resistência) e do direito administrativo (ex.: estado de necessidade administrativa). A delimitação dos contornos do direito de necessidade constitucional justifica uma breve incursão histórica, pois só deste modo se tornam inteligíveis certos institutos e se obtém uma perspectiva crítica da problemática das «situações de excepção». Focaremos apenas os «momentos» fundamentais da evolução do direito de necessidade.

1. O processo de legitimação e legalização do direito de necessidade

1.1 *'Martial law', 'Riots acts', motins, distúrbios e revoltas populares*

No séc. XVIII (mais precisamente em 1714) surge o primeiro «modelo» jurídico de regulamentação dos «motins» ou «perturbações» ' da ordem — o *Riot Act.* Nele se qualifica como crime de felonia a participação em tumultos

[1] Os movimentos populares do género dos *food riots* (Inglaterra, séc. XVIII) e dos *Nu-pieds* (Normandia, séc. XVII) têm ultimamente merecido a atenção dos histo-

com desobediência às ordens de dissolução por parte das autoridades e se consideram isentos de qualquer responsabilidade *(indemnity)* por danos os agentes encarregados do restabelecimento da ordem.

1.2 *«Lei Marcial» e «perigo para a tranquilidade pública»*

Com a *Loi Martiale,* de 21 de Outubro de 1789, da Assembleia Nacional francesa, surge um segundo modelo de regulamentação da «ordem pública interna» (embora inspirado na ideia de *martial law* e, mais concretamente, no *Riot Act).* Todavia, enquanto a *Martial law* inglesa significava fundamentalmente a sujeição a comissões militares *(comission of the martial law)* dos delitos cometidos por militares e, mais tarde, por outros sectores da população (e contra este alargamento vai reagir a *Petition of Right,* de 1618, ao pedir a abolição das comissões militares com o fundamento de elas subtraírem aos tribunais ordinários e ao processo correspondente, o julgamento de elementos da população civil), a *lei marcial,* em sentido francês, passa a ser uma lei de autorização da força armada no interior do país (isto é: utilização do exército contra os seus nacionais), a fim de se reprimirem tumultos geradores de intranquilidade pública.

1.3 *Estado de paz, estado de guerra e estado de sítio*

Esta Lei Marcial, de 21 de Outubro de 1789, representava um claro retrocesso quanto aos direitos dos cidadãos, se a compararmos com a legislação militar referente a «praças de guerra» (ex.: Decreto de 10 de Julho de 1791 da Revolução Francesa), em que se distinguia claramente entre *estado de paz, estado de guerra e estado de sitio. Os* contornos concretos destes três «estados» são os seguintes: (a) o *estado de paz* pressupõe a separação completa entre autoridades civis e militares, tendo cada uma a esfera de competências previamente definida; (b) o *estado de guerra* implicava a subordinação das autoridades civis às autoridades militares, sempre que, por decreto do parlamento, sob proposta do rei, ou pelo rei na ausência da deliberação do corpo legislativo, fosse declarado o estado de guerra; (c) *estado de sítio* implicava a transferência das competências das autoridades civis para as autoridades militares no caso de a praça de guerra ter sofrido ataque ou assédio.
O estado de sítio era, em certa medida, quanto às consequências jurídicas, uma situação mais grave do que o próprio estado de guerra. Naquele, o

riadores. Entre os estudos mais sugestivos destacam-se: B. PORCHNEV, *Les Soulève-ments populaires en France de 1623 a 1648,* Paris, 1963; E. THOMPSON, «La economia 'moral' de la multitude en la Inglaterra dei siglo XVIII»" *Re\. de Occidente,* 1974; G. RUDE, *The Crowd in History,* 1964. Uma visão de conjunto sob uma perspectiva constitucionalista, ver-se-á em P. CRUZ VILLALON, *El Estado de silio,* cit., pp. 21 ss. Entre nós, cfr. L. FERRAND DE ALMEIDA, «Motins Populares. Tempo de D. João V», in *Revoltas e Revoluções, RH/,* Coimbra, 1984, pp. 321 ss.

estado excepcional legitimava-se no «facto» do ataque ou assédio, não dependendo de qualquer decreto de declaração, legislativo ou real, e daí que a própria situação de urgência justificasse a transferência das competências policiais e de segurança para o comandante militar da praça.

1.4 *«Estado de sítio militar» e «estado de sítio político»*

Como se acaba de ver, o estado de sítio configurava-se como uma instituição militar existente nas «praças de guerra» sujeitas a ataque ou assédio. Em breve se iria tornar o ponto de partida para ou outro tipo de estado de sítio, conhecido sob o nome de *estado-de-sítio político ou fictício('fétat de siége politique'). Os* momentos da evolução são estes: (1) aplicação do estado de sítio a «cidades abertas» e não apenas a «praças de guerra»; (2) declaração de estado de sítio, o que apontava para uma ficção jurídica, pois a declaração transportava em si a ideia de legitimidade de um estado de sítio não baseado numa situação fáctica, numa necessidade real (os pressupostos fácticos são substituídos pelo acto formal de declaração do governo); (3) regulamentação jurídica, positiva e negativa, do estado de sítio, exigindo-se, por um lado, que a declaração enumerasse os direitos individuais considerados suspensos, e, por outro lado, que se fixassem positivamente as competências das autoridades militares nas situações de excepção. O estado de sítio transforma-se, deste modo, em *pressuposto de suspensão das liberdades,* que assim deixam de constituir obstáculos jurídico-constitucionais para as autoridades militares.
A configuração do estado de sítio político começou a ganhar contornos com a Restauração (a expressão «estado-de-sítio» aparece pela primeira vez na Carta Constitucional francesa de 1814), mas a distinção entre estado de sítio militar e civil é discutida sobretudo a partir de 1829, ganhando contornos mais ou menos definidos a partir de 1848.

1.5. *Suspensão da Constituição*

Trata-se de um momento importante na evolução das estruturas de excepção constitucional. Começando por ser uma medida considerada pelo «governo revolucionário francês» necessária à defesa da «República sitiada», em 1793, a ideia de *suspensão da Constituição* converte-se em instituto constitucional na Constituição de 22 Frimário (Constituição de 13-12-1799), onde expressamente se determina que «dans le cas de revolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sureté de FEtat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle determine, 1'empire de la Constitution». Através do recurso à «suspensão do império da Constituição» pretendia se defender a «segurança do Estado» *(sureté de VEtat).* Rigorosamente, considerar «fora da Constituição» *(hors la Constitution)* uma praça, um município ou uma província, significava articular a suspensão da Constituição com o estado de sítio, com as consequências inerentes a este último. Em termo jurídico-constitucionais, abre-se a possibilidade de, através da lei ordinária ou de outro acto,

se suspender a *vigência* da Constituição em todo ou parte do território e por tempo indeterminado.
Como a «suspensão da Constituição» implicava, *ipso facto,* a suspensão dos direitos individuais nela garantidos, a série de implicações das «excepções da Constituição» torna-se transparente estado de excepção (necessidade) -» suspensão da Constituição —> suspensão das garantias individuais.

1.6 *Constitucionalização do direito de necessidade estadual*

Em meados do séc. XIX, a questão do direito de necessidade estadual estava suficientemente amadurecida para se poderem fixar as premissas jurídico-constitucionais dos regimes de «excepção: (a) em primeiro lugar, a defesa do Estado e da segurança pública só é compatível com o «Estado Constitucional» se e na medida em que ela esteja prevista na Constituição e não remetida para o domínio extracons-titucional; (b) a suspensão da Constituição é uma *contraditio in adjectu,* porque ela significa na prática um «regime sem Constituição» (mesmo limitado a parte do território); (c) a defesa do Estado não exige a suspensão da Constituição, mas sim a de algumas garantias individuais; (d) a constitucionalização do regime de excepção não pressupõe uma normativização constitucional pormenorizada desse regime, podendo a Constituição remeter para a lei os casos de situação excepcional e as formas e medidas a adoptar em tais circunstâncias. *Constitucionalização* do estado de excepção e *remissão* para a lei da sua regulamentação são as pedras basilares da compreensão jurídico-constitucional do direito de necessidade. O problema está em que a disciplina constitucional é, por vezes, demasiado «aberta», permitindo uma complementação legislativa sensivelmente subversora dos próprios princípios constitucionais.

2. O direito de necessidade estadual nas constituições portuguesas

Tal como acontece em muitos outros aspectos, a história do direito de necessidade em Portugal é largamente influenciada pelos «modelos» franceses e espanhóis.

2.1 *Constituição de 1822*

Na Constituição de 1822, o direito de necessidade surge regulado de uma forma dispersa, não se podendo dizer que haja um «modelo» de regu-

lamentação das situações de necessidade estadual. A ideia de defesa do Estado conexiona-se, por um lado, com as *resrições* ao poder do rei e com as *detenções preventivas* (art. 124.71 V, segundo o qual o rei não pode «mandar prender cidadão *algum»* excepto: (a) quando exigir a segurança do Estado (devendo então ser o preso entregue dentro de quarenta e oito horas ao juiz competente); (b) por outro lado, ao prever os «casos de rebelião declarada ou invasão de inimigos», o texto vintista refere-se apenas à «dispensa de formalidades relativas à prisão de delinquentes» e, mesmo assim, apenas mediante decreto especial das Cortes (art. 211.°).

2.2 *Carta Constitucional de 1826*

Na Carta Constitucional de 1826 prevê se a *suspensão das garantias individuais* nos «casos de rebelião, ou invasão de inimigos» (art. 145.°, 33.° e 34.°). Neste aspecto, a Carta Constitucional reflecte bem a perplexidade perante o fenómeno da *suspensão da Constituição.* Estabelece, *expressis verbis,* que «os poderes constitucionais não podem suspender a Constituição no que diz respeito aos direitos individuais». Mas o alcance do preceito é ainda mais restrito do que poderia parecer, como resulta da conjugação dos 33.° e 34.° do art. 145.°, dado que: (a) os poderes constitucionais não podiam também suspender a Constituição «em tudo o que não dizia respeito aos direitos individuais»; (b) quanto aos direitos individuais, o que se permite não é a suspensão da Constituição, mas a dispensa de algumas formalidades que garantem a liberdade individual. É esta interpretação liberal que a nossa doutrina constitucionalista mais representativa defende, orientada mais no sentido americano de «suspensão do *Habeas Corpus»* (em que a detenção preventiva é considerada como única excepção constitucional ao regime repressivo nos casos de rebelião ou invasão), e no sentido doutrinário de Constant (para quem «não existindo os poderes constitucionais senão pela Constituição é claro que não podem suspendê-la»), do que no sentido res-tauracionista de «suspension de 1'empire de la Constitution».

2.3 *Constituição de 1838*

Na Constituição de 1838 alude-se também a *suspensão* das garantias individuais «por acto do poder legislativo, nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, e por tempo indeterminado» (art. 32.°). Nas hipóteses de «situação de necessidade externa» com a «Pátria em perigo» (fórmula que aparece no art. 32.°, 1.°, e cuja inspiração deve talvez procurar se no Decreto da Assembleia Nacional francesa de 5 de Julho de 1792 que previa as medidas a tomar nos casos de *«patrie em danger»,* a suspensão das garantias poderia ser decretada provisoriamente pelo Governo, desde que as Cortes não estivessem reunidas. A fórmula «Pátria em perigo iminente» abre o caminho para um autêntico estado de necessidade constitucional, mas recortam-se já algumas exigências que, mais tarde, acompanharão sempre a constitucionalização das situações de anormalidade: (a) *parlamentarização* das situações de necessidade, pois o

decreto de suspensão incluirá a convocação das Cortes e conhecimento a estas das medidas tomadas (art. 32.°, 2.° e 6.°); (b) observância do *princípio da proibição do excesso* (sobretudo na dimensão da necessidade), pois impõe-se ao Governo o levantamento da «suspensão das garantias por ele decretadas logo que cesse a necessidade urgente que a motivou» (art. 32.°, 3.°); *(c) individualização e enumeração expressa na lei ou decreto das garantias que ficam suspensas* (art. 32.°, 4.°); (d) *proibição de suspensão de garantias* em períodos eleitorais (art. 32.° ss)[2].

2.4 *Constituição de 1911*

Com a Constituição de 1911 surge pela primeira vez, na história constitucional portuguesa, o conceito de *estado de sítio* (art. 26.°/16, que teve como fonte o art. 34.721 da Constituição brasileira de 1890). Prevê-se agora a declaração de um «estado de sítio, com suspensão total ou parcial das garantias constitucionais, em um ou mais pontos do território nacional, no caso de agressão eminente ou efectiva por forças estrangeiras ou no de perturbação interna». Trata-se de recolher a experiência nacional e estrangeira quanto ao estado de sítio e consagrar uma fórmula de *constitucionalização* da protecção extraordinária do Estado. O estado de sítio passa a ser um regime anormal, mas definido e delimitado na Constituição, e não uma situação de excepção ou suspensão da Constituição. Os aspectos jurídico-constitucionais mais relevantes reconduzem-se ao seguinte: (1) previsão constitucional dos *casos* de estado de sítio de guerra e perturbação interna; (2) determinação constitucional dos *efeitos* da declaração do estado de sítio —*suspensão* total ou parcial das garantias constitucionais; (3) *delimitação espacial* a um ou mais pontos do território nacional; (4) fixação da *competência* de declaração: Congresso ou Poder Executivo no caso de aquele não estar reunido; (5) *controlo parlamentar* das medidas de excepção tomadas pelo Executivo; (6) *responsabilidade* das autoridades pelas medidas violadoras do princípio da proibição do excesso («abuso» de medidas de excepção); (7) *restrição* dos efeitos das medidas de excepção repressivas contra pessoas (cfr. art. 16.72).

2.5 *Constituição de 1933*

A Constituição de 1933 recolheu os dois conceitos fundamentais da Constituição de 1911 no que se refere ao estado de necessidade: *estado de sítio e suspensão de garantias individuais* (cfr. art. 91.7 8). O estado de sítio abrangia o «estado de necessidade externo» («agressão efectiva ou iminente por

[2] Cfr., por ex., Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826,* Vol. I, 1878, p. 145; Marnocoe Sousa, *Direito Político,* 1910, p. 749, que, ao abordar o fenómeno da «ditadura extrema», critica nestes termos a posição de Afonso Costa quanto à suspensão das garantias individuais: «A ditadura extrema não vai até ao ponto de suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais.

forças estrangeiras») e o «estado de necessidade interno» («grave perturbação da ordem e segurança pública» e «grave ameaça de perturbação da ordem»). Uma novidade importante, no texto constitucional de 1933 (art. 109.°/6), foi a introdução do conceito de «subversão permanente» e a adesão à ideia de «inimigo interno». No caso de «actos subversivos graves em qualquer parte do território nacional» que não justificavam a declaração do estado de sítio, possibilitava-se ao governo a *restrição* de liberdades e garantias individuais, a fim de «reprimir» a subversão. Embora o texto constitucional de 1933 apontasse para a distinção entre *suspensão colectiva* (no caso de declaração de estado de sítio) e *restrição* (no caso de «actos subversivos graves) de garantias individuais, do que verdadeiramente se tratava, nesta última hipótese, era de *suspensão individual de garantias* a fim de se poder combater politicamente o «inimigo interno» [3].

III — As «técnicas» de juridicização constitucional do direito de necessidade do Estado

Em termos de direito comparado, verifica-se que a constitucio-nalização das situações de necessidade estadual pode orientar-se de acordo com os seguintes «padrões básicos»:

(a) Nenhuma ou leve referência constitucional às situações de necessidade e simples indicação dos órgãos de soberania competentes para a adopção das medidas necessárias e apropriadas ao restabelecimento da normalidade constitucional.

O exemplo típico é o da Constituição dos Estados Unidos em que a maior parte dos poderes exigidos por situações de emergência se baseiam nos chamados *«implied and inherent powers»* ou na cláusula geral dos «poderes de guerra».

(b) Adopção de uma «cláusula de plenos poderes» ou «cláusula de ditadura».

como entende o Sr. Dr. Afonso Costa, pois o 34.° do art. 145.° refere-se unicamente à dispensa por um certo tempo das formalidades que garantem a liberdade individual.»

[3] No sentido de que a diferença entre declaração de estado de sítio e a adopção de medidas necessárias para «reprimir a subversão» se traduzia no facto de nesta última hipótese não haver supremacia militar nem suspensão de direitos, liberdades e garantias, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* Vol. II, 1972, p. 528.

Os exs. mais conhecidos são o do art. 48.° da Constituição de Weimar e o do art. 16.° da Constituição da V República Francesa de 1958[4].
(c) Regulamentação jurídico-constitucional das situações de necessidade, dispondo-se no texto constitucional sobre a competência, pressupostos, formas, limites e efeitos dos regimes de anormalidade. Os exemplos mais frisantes são, além da Constituição portuguesa de 1976 (art. 19.°), a Constituição de Bonn, segundo a *Grund-gesetzanderung* de 1968 (art. 115.° ss), a Constituição sueca, parágrafo 50 da «forrna de Governo de 1809», e parágrafo 13.° da «forma de Governo de 1975», a Constituição espanhola de 1978, art. 116.° e a Constituição brasileira de 1988, arts. 136.° e 137.°
(d) Fixação de «prerrogativas» a favor do Executivo, com posterior *«'biWde indemnidade»* pelo Parlamento.
O exemplo clássico é oferecido pelo direito constitucional inglês. Através do recurso ao *Act of Indemnity ou Indemnity BUI* o Parlamento legaliza as actuações do governo consideradas ilícitas no momento da sua prática. O Bill de Indemnidade serve, pois, para apagar a responsabilidade penal ou civil dos membros do Executivo e seus subordinados quando, em casos de emergência, violem as constituições ou as leis[5].

[4] Neste último dispõe-se o seguinte: «Sempre que as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do seu território ou a execução dos seus compromissos internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República adoptará as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro-Ministro, dos Presidentes de ambas as Câmaras e ainda do Conselho Constitucional»; o art. 48.°/2 da Constituição de Weimar estabelecia o seguinte: «Se no *Reich* alemão houver alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública, o presidente do *Reich* pode adoptar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, intervindo, em caso de necessidade, com o auxilio das forças armadas».

[5] Cfr. Sobre isto K. Loewenstein, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritanien,* Vol. 11, 1967, pp. 381 ss.

B I *O DIREITO DE NECESSIDADE ESTADUAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976*

Como já se assinalou, as «situações de anormalidade constitucional» não são «estados» sem Constituição ou fora da Constituição, mas sim situações carecidas de uma disciplina jurídico-constitucional diferente daquela que está normativo-constitucionalmente consagrada para os «estados de normalidade» constitucional. É certo que pela sua própria natureza, não é possível «constitucionalizar», de forma global e pormenorizada, estados imprevistos e imprevisíveis, cuja disciplina depende das situações histórico-concretas. Todavia, uma coisa é reconhecer as dificuldades de configurar juridicamente uma *constituição de necessidade,* aperfeiçoada e desenvolvida, e outra é a de tomar essas dificuldades como «pretexto» e lançar as situações de necessidades para os «espaços livres da Constituição». O direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os *pressupostos,* as *competências, os instrumentos, os procedimentos* e as *consequências* jurídicas da «Constituição de excepção. Foi tendencialmente este o desiderato pretendido pelo texto constitucional de 1976 ao dedicar vários dos seus preceitos (arts. 19.°, 137.7d, 139.73 b, 141.71, 164.7m, 165.7b, 167.7e, 175.71, 182.7f, 200.71 f, 275.76 e 289.°) ao direito de necessidade do Estado. Não obstante o manifesto propósito de se estabelecer um regime específico para situações de crise, compatível com os princípios estruturantes do Estado de direito democrático, não se pode afirmar ser esse regime claro e inequívoco em muitos aspectos essenciais.

I — A tipologia dos «estados de necessidade» na Constituição de 1976

O primeiro problema é, desde logo, o da exacta delimitação e caracterização dos dois «estados de anormalidade» constitucionalmente previstos: o *estado de sítio* e o *estado de emergêneia.* Do texto constitucional apenas se deduz a menor «intensidade da crise» do estado de emergência em relação ao estado de sítio, pois enquanto neste último é possível a suspensão total de direitos, liberdades e garantias, no pri-

meiro apenas é permitida a suspensão parcial (CRP, 19.73 e L 44/86, art. 9.°, excluídos, como é óbvio, os direitos invioláveis).

O conceito de «estado de emergência» é alheio à história constitucional portuguesa pois a sua utilização retroage fundamentalmente a 1956 data em que foi promulgada a L n.° 2084 de 16 de Agosto reguladora da «Organização Política da Nação em tempo de guerra». Aí se distinguia entre «estado de guerra» e «estado de emergência» e não entre estado de sítio e estado de emergência declarando-se o *estado de sítio* «em caso de guerra ou de emergência» (L n.° 2084 Base XXXI). Quer dizer: o estado de sítio era o conceito constitucional e as situações fácticas que poderiam justificar a sua declaração (cfr. Bases V e XXXI) reconduziam-se: (1) «estado de guerra» (com declaração de guerra ou de agressão efectiva) e o «estado de emergência» (receio de agressão iminente ou de perturbação da paz) — ambas reconduzíveis àquilo que hoje se chama «estado de necessidade externo»; (2) ameaças ou perturbação grave da ordem e segurança públicas (o que hoje se conhece sob o nome de «estado de necessidade interno»).

Ao preocupar-se em assegurar fundamentalmente as competências para a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, a CRP absteve-se de qualquer fórmula densificadora dos respectivos conceitos. No esquema relacional entre ambos apenas se conclui, como se disse, a menor gravidade do estado de emergência em relação ao estado de sítio (CRP, art. 19.°/3). Impõe-se, contudo, um esforço de densificação destes conceitos, de forma a tornar mais transparentes os *pressupostos objectivos,* justifícadores do apelo a mecanismos constitucionais excepcionais. Assim, ambos os conceitos abrangem:

(a) os tradicionais *estados de excepção militar* (estado de guerra e estado de emergência);

(b) os *estados de excepção de natureza civil* («grave ameaça de perturbação da ordem constitucional democrática ou calamidade pública»).

1. Estado de necessidade externo

A Constituição fornece alguns elementos densificadores de vários conceitos.

(1) *Estado de guerra*

Existe um estado de guerra sempre que se verifique: (a) agressão efectiva por forças estrangeiras; (b) iminência de agressão por forças

estrangeiras (cfr. art. 19.72). Não basta, porém, a existência destes dois *pressupostos materiais* para constitucionalmente se falar em estado de guerra. É necessário ainda um *acto de declaração formal* [(acto da competência do PR—art. 138.7c), mediante prévia autorização da AR (art. 164.7m), e proposta do Governo (art. 201.71-/)]. Esta declaração não tem propriamente um efeito declaratório, como parece resultar do enunciado linguístico, mas um *efeito constitutivo.* Daí que os efeitos jurídicos — *maxime* a suspensão de garantias constitucionais — ligados ao estado de sítio declarado em virtude da existência de guerra, não resultem automaticamente da existência objectiva dos pressupostos; tornam-se necessários dois actos juridicamente formalizados: (1) declaração do estado de guerra; (2) declaração do estado de sítio. Materialmente considerados, estes dois actos de declaração são «decisões políticas». Constituem, para utilizarmos um termo clássico, «actos de governo», mas embora sejam caracterizados por um largo espaço de liberdade de conformação política, eles não são actos «livres» ou «desvinculados»; são actos jurídico-constitu-cionalmente vinculados aos pressupostos materiais (subjectivos e objectivos) enumerados na Constituição.

(2) *Estado de emergência (militar)*

Em relação ao estado de guerra, o estado de emergência é uma espécie de pré-estádio, parcialmente coincidente com o estado de prevenção, e que não sendo susceptível de precisão normativa, aponta fundamentalmente para a ideia de uma situação de crise que sendo já uma *ameaça* não constitui ainda perigo iminente (o que justificaria a declaração do estado de guerra).

Em qualquer destas hipóteses, os órgãos constitucionais competentes podem «decidir», declarando o estado de sítio ou o estado de emergência, conforme se lhes afigure necessário à prossecução da defesa nacional (cfr. LDFA n.° 29/82, de 11 de Dezembro — Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas —, art. 5.°). É evidente que o princípio da proibição do excesso apontará para o recurso à declaração do estado de emergência se este for suficiente para restabelecer a normalidade constitucional (CRP, art. 19.74, e L 44/86, de 30/9, arte. 3.°, 8.71, 9 71.[5a]

[5a] A L 44/86, de 30/g é a actual lei reguladora do estado de sítio e estado de emergência. Cfr. as colectâneas de Roboredo Seara / Loureiro Bastos / Matos Correia / Nuno Rogeiro / Leite Pinto, *Legislação de Direito Constitucional,*

2. Estado de necessidade interno

O estado de sítio e o estado de emergência podem também ser declarados nos casos de *estado de necessidade interno,* isto é, nas hipóteses de crise derivadas: (a) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; (b) calamidade pública.

O âmbito normativo de «calamidade pública» é muito mais fácil de precisar do que o de «grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática». Por calamidade pública entendem-se as catástrofes naturais (terramotos, vulcões, tempestades, inundações e epidemias), as «catástrofes tecnológicas» e os «acidentes graves» (acidentes ferroviários, náuticos, aéreos, incêndios, explosões, etc).

A delimitação, do âmbito normativo do conceito de «grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática» levanta mais dificuldades. Por um lado, suscitam-se a este respeito os mesmos problemas revelados pela história do regime de excepção constitucional, designadamente: (a) transformação do estado de sítio ou do estado de emergência em instrumentos políticos de combate a qualquer situação de conflitualidade social, económica e política; (b) utilização das forças armadas contra cidadãos. Por outro lado, é extremamente claudicante a caracterização dos pressupostos de «grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática». Interessa, por isso, fazer um esforço de densificação do conceito em referência. Os elementos a considerar são os seguintes:

(1) O objecto de protecção é a *ordem constitucional democrática* e não qualquer apriorística a monolítica «ordem pública» ou «segurança pública», definida a nível infraconstitucional. Não se trata, pois, de defender uma «ordem do Estado», mas sim uma ordem constitucional, isto é, a ordem jurídica normativamente conformada pela Constituição (cfr. art. 356.° do Cód. Penal).

(2) Os *pressupostos* justificadores da adopção das medidas do estado de sítio ou de emergência são apenas a «perturbação da ordem constitucional» ou a sua «grave ameaça». Não basta um perigo abstracto, exigindo-se antes uma ameaça concreta[6].

Lisboa, 1990, e de J. BACELAR GOUVEIA, *Legislação de direitos fundamentais,* Coimhra, 1991.

[6] Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada,* Vol. 11, anotação IV ao art. 137.° A exigência de ameaça concreta

Além disso, também não é suficiente a ameaça ou lesão de bens constitucionais que possam ser defendidos através de medidas normais de política (cfr. art. 272.°); a ameaça ou perturbação deve pôr em causa a ordem constitucional democrática e os seus princípios estru-turantes, e deve ser de tal modo «grave» que não é possível combatê--la a não ser através dos meios extraordinários do estado de sítio ou do estado de emergência.

II — O problema da suspensão individual dos direitos, liberdades e garantias

A Constituição portuguesa não prevê nem admite a figura da *suspensão individual dos direitos, liberdades e garantias.* Diferentemente do que acontece com o estado de sítio e o estado de emergência, a suspensão individual não obedece aos princípios da generalidade e da publicidade; efectiva-se, como o nome indica, deforma *individual* em relação a *pessoas determinadas.*

A prossecução dos objectivos de defesa da ordem constitucional democrática contra certas formas de criminalidade organizada (droga, terrorismo) só pode ser feita, na ordem constitucional portuguesa, através da restrição de direitos — nunca suspensão — e nos casos e mediante os procedimentos constitucionalmente previstos. Conse-quentemente, dada a exigência de generalidade e abstracção das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 18.73), terão de reputar-se inconstitucionais as leis que, de qualquer forma, institucionalizem a figura da suspensão individual de direitos, liberdades e garantias. O princípio da igualdade e não discriminação subsistirá sempre como parâmetro conformador da constitucionalidade ou da legalidade da declaração do estado de sítio e estado de emergência e das respectivas medidas de execução (L 44/86, art. 2.72).

A legitimidade da suspensão individual de direitos, liberdades e garantias também não pode procurar-se a nível supraconstitucional ou a nível de direito internacional.

explica que na mensagem do Presidente da República que acompanha o pedido de declaração do estado de sítio ou estado de emergência constem os factos justificativos da declaração e os elementos constitutivos do conteúdo da declaração (CRP, art. 19.75 e L 44/86, arts 14 e 24/2).

Por vezes, invoca-se o oestado de necessidade» como «princípio civilizacional» para justificar a introdução do *direito de necessidade simples (einfache Notstandsrecht,* na terminologia alemã), isto é, um conjunto de preceitos Ínfraconstitucionais reguladores de situações de necessidade. Este direito de necessidade simples está, porém, sujeito a uma dupla exigência: (1) em primeiro lugar, não há qualquer fonte de legitimidade para regimes de excepção a não ser a própria lei fundamental (cfr. n.° 1), donde resulta a inadmissibilidade do recurso a «princípios» ou «razões» extraconstitucionais para introduzir legalmente regimes de excepção; (2) o *direito de necessidade simples* tem de conformar-se formal e materialmente com as normas constitucionais, podendo, com base nestas, justificarem-se *restrições* (nunca suspensões) a direitos, liberdades e garantias para salvaguarda de outros bens constitucionalmente protegidos.

A nível de direito internacional, poderia pensar-se numa eventual autonzação de suspensão com base no art. 29.°/2 da DUDH (cfr. também art. 17.° da CEDH) em que se prevê uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais com base em exigências de ordem pública. Mas o recurso à Declaração dos Direitos do Homem que alguns pretendem basear no art. 16.° da Constituição não tem base constitucional satisfatória: (a) o princípio da interpretação em conformidade com a Declaração vale para assegurar maior eficácia aos direitos fundamentais e não para os restringir; (b) o princípio de tipicidade das restrições aos direitos, liberddes e garantias (art. 18.°/2), deixaria de ter qualquer sentido se se «acrescentassem» outras restrições para além das «expressamente previstas na Constituição»; (c) a própria DUDH, para além de não especificar restrições aos direitos nela previstos, limita-se a prever a possibilidade de os ordenamentos nacionais estabelecerem restrições por motivos de ordem pública, restrições estas que não podem violar o princípio da constitucionalidade (isto é, só podem efectivar-se nos termos previstos na Constituição). Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* p. 139.

III — A disciplina constitucional dos estados de necessidade constitucional

1. A competência para a declaração do estado de sítio ou de emergência

A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é um *acto próprio* do PR (art. 137.7d), mas condicionado à autorização prévia da AR (arts. 164.7m e 182.73-f) e à audição do Governo (arts.

141.71 e 200.7c), carecendo ainda de referenda governamental (art. 143.71). Pretendeu-se aqui um mecanismo complexo de interdependência, não afastando nenhum dos órgãos de soberania com tarefas políticas de intervenção e responsabilidade em situações de necessidade.
A participação conjunta de vários órgãos de soberania revela-se no complexo de actos constitutivos do *procedimento de declaração do estado de sítio:*
(1)0 PR, após audição do Governo, solicita à AR, em mensagem fundamentada, autorização para a declaração;
(2) A AR, apreciando materialmente os pressupostos legitima-dores da declaração e os termos propostos para o seu regime, decide da concessão de autorização;
(3) O PR procede, através de decreto presidencial, mas com referenda do Governo, à declaração do estado de sítio ou de emergência.
A competência do PR para o acto de declaração é compreensível: (1) ele representa a República no plano das relações externas, competindo-lhe também assumir a vinculação internacional do Estado nos casos de declaração de guerra (art. 138.7c); (2) ele é o Comandante Supremo das Forças Armadas (art. 137.7a). Todavia, se o *acto próprio* do PR é um acto de natureza constitutiva, de relevância fundamental, ele insere-se num complexo de actos — *procedimento de declaração* — revelador da actual tendência dos Estados constitucionais para a *procedimentalização* da formação dos actos estaduais mais importantes (cfr. *supra* e L 44/86, arts. 24.° segs.)[7].
2. As medidas do estado de sítio ou de estado de emergência
A CRP alude à adopção de *medidas* adequadas para o restabelecimento da normalidade constitucional (cfr. art. 19.78). O enunciado linguístico «medidas» (cfr. *supra)* abrange todos os meios — quer sejam de natureza fáctica quer de natureza jurídica — adequados, necessários e proporcionais a esse restabelecimento (princípio da
' Cfr. sobre isto K. STERN, *Das Slaalsrechl,* Vol. I, p. 154.

proibição do excesso). Nestes meios incluem-se medidas de natureza concreta e actos normativos (regulamentos, decretos, etc.)[8].

3. As restrições aos direitos fundamentais

As situações de necessidade constitucional pressupõem a possibilidade de restrições mais intensas dos direitos fundamentais do que aquelas que constitucionalmente são admitidas em situações de normalidade. O instrumento ou medida classicamente admitido é a *suspensão colectiva* de direitos (cfr. art. 19.°). Esta suspensão colectiva está rodeada de cautelas tendentes a evitar o aproveitamento das situações de excepção para se introduzirem medidas abusivas ou excessivas. Deste modo estabelece-se:

(1) Proibição absoluta da suspensão de alguns direitos, liberdades e garantias e de alguns princípios constitucionais (CRP, art. 19.74 e L 44/86, art. 2.°). É o que se chama, na terminologia alemã, *diktaturfesten Grundrechten,* ou seja, «direitos fundamentais garantidos ou firmados contra a ditadura» ou, noutra terminologia, mais contraída, de *direitos invioláveis.*

(2) Exigência de *especificação* dos direitos, liberdades e garantias afectados pela declaração do estado de emergência ou estado de sítio (CRP, art. 19.73 e L 44/86, art. *\4.°/l/d).* Subjacente a esta exigência está a conhecida máxima *enume-ratio ergo limitatio.* Consequentemente, todos os direitos que não forem enumerados na declaração do estado de sítio, ficam fora das medidas restritivas de excepção.

(3) *Proibição* do *excesso,* devendo observar-se os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade relativamente às medidas restritivas (CRP, art. 19.74/6/7 e L 44/86, art. 3.°).

(4) *Limitação* temporal (art. 19.75 e L 44/86, art. 5.°), pois a suspensão dos direitos, liberdades e garantias não pode prolongar-se por mais de 15 dias, embora se admita a renovação por períodos com igual limite (cfr. art. 165.7&).

[8] Cfr. a história da fórmula *medida (= mesure)* em K. HUBER, *Mafinahmegesetz und Rechtsgesetz,* Berlin, 1963, pp. 102 ss. No plano legislativo, cfr. L 44/86, arts.
2.°/2e 17.°

4. O controlo parlamentar da declaração do estado de necessidade

É particularmente significativa, no direito constitucional português, a intervenção parlamentar nas situações de necessidade estadual. Esta efectiva-se em vários momentos, pois à AR compete:

(1) Autorizar, através de lei (CRP, art. 169.° e L 44/86, art. 25.°), a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (arts. 141.°/l e 164.°/m), ou confirmar, também através de lei, essa declaração no caso de a autorização ter sido concedida pela Comissão Permanente da AR por esta ao estar reunida nem ser possível a sua reunião imediata (arts. 141.71 e 2, 167.7m, 175.73 e 182.7/). A autorização da AR não é exigida apenas para o se da declaração, mas também para a sua *duração* e demais termos do estado de excepção[9] (cfr. L 44/86, art. 16.°).

(2) Controlar a própria aplicação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (art. 165.7b), o que significa a possibilidade de fiscalização política das medidas con-cretamente adoptadas para restabelecer a normalidade constitucional[10].

(3) Definir, através de lei *orgânica* enquadrada na sua reserva absoluta de competência legislativa (art. 167.7e), aprovada por maioria qualificada (art. 171.75), o regime legal do estado de sítio e do estado de emergência.

Perante esta gama de poderes — de definição do regime legal, de autorização e de controlo — não é incorrecto falar se em «parla-mentarização» do estado de sítio ou estado de emergência. A responsabilidade da AR perante situações de necessidade estadual justifica a proibição da sua dissolução durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência (art. 175.71) e a sanção severa da *inexistência jurídica* para qualquer decreto presidencial de dissolução violador das normas constitucionais (art. 175.72).

[9] Tudo isto deve constar da lei de autorização. Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* cit., anotação XXIV ao art. 164.°.

[10] A apreciação tanto pode verificar-se durante a vigência do estado de excepção como pode consistir numa apreciação global posterior. Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República,* anotação ao art. 165.°. A apreciação da aplicação da declaração após a cessação do estado de sítio vem regulada na L 44/86 art. 29.°.

5. A intervenção governamental na declaração do estado de sítio ou de emergência
Diferentemente do que acontece em alguns países, retirou-se ao Governo (em virtude das «lições da história») o papel decisório primário na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência. O PR declara e a AR autoriza e ratifica. Todavia, implicando a declaração dos estados de necessidade estadual a adopção de medidas — executivas, administrativas, militares, orçamentais, diplomáticas — da competência do Governo, não se compreenderia que ele não fosse ouvido (direito de audição, art. 141.°/1), e não se pronunciasse, como órgão responsável pela direcção da política geral do País, sobre a mesma declaração (art. 200.71// e *g).* Por outro lado, algumas das principais situações de necessidade estadual — casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras — exigem mesmo a intervenção activa e primária do Governo — propor ao PR a declaração da guerra (art. 200.7g).
Em face destes dados jurídico-constitucionais, a intervenção do Governo não se reconduz a uma simples função consultiva, de carácter neutro, interno e preparatório (com o objectivo exclusivo de dar parecer, esclarecer ou estudar a declaração do estado de excepção). O *acto de pronúncia* do Governo é um acto de juízo com relevância autónoma, em que o Governo exprime a sua opinião sobre os pressupostos legitimadores da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, avalia discricionariamente o mérito da eventual decisão e aprecia as possibilidades e limites das medidas que a ele pertencerá adoptar (como órgão encarregado da defesa nacional, da manutenção da ordem e segurança em tais situações [n].
6. O controlo jurisdicional da declaração do estado de sítio ou de emergência
6.1 *Subsistência do acesso à via judiciária*
No art. 19.76 estabelece-se, *expressis verbis,* a proibição da suspensão dos direitos de defesa do arguido, e, desde logo, do direito de

[11] Precisamente nestes termos, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa,* ao art. 200.° Vide também L 44/86, arts. 17.° segs., sobre a competência do Governo quanto a execução da declaração do estado de sítio e de estado de emergência.

acesso à via judiciária. Deduz-se, assim, que a garantia jurídico-cons-titucional traduzida na existência de tribunais adequados fica intocada pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (cfr. L 44/86, art. 23.°). O princípio geral a seguir é, pois, o da interpretação dos preceitos referentes ao direito de necessidade no sentido da observância e manutenção dos meios de defesa típicos do Estado de direito. Os cidadãos mantêm, pois, na sua plenitude, o direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, liberdades e garantias lesados ou ameaçados de lesão por quaisquer providências inconstitucionais ou ilegais (L 44/86, art. 6.°)[ila].

6.2 *OTribunal Constitucional como «defensor da Constituição de necessidade»*

Dado que a declaração do estado de sítio e do estado de emergência não perturba o esquema organizatorio-funcional do Estado (CRP, art. 19.°/7), parece legítimo admitir-se o controlo da constitucionalidade e da ilegalidade das medidas de excepção pelos tribunais e pelo Tribunal Constitucional (neste último caso, como é óbvio, sempre que as medidas incorporem actos de natureza normativa). Cfr. L 44/86, art. 3.73.

7. Responsabilidade política

As exigências de constitucionalidade e de legalidade justificam a consagração de *crimes de responsabilidade* (L 34/87, de 16/7), relativamente aos autores que, na execução da declaração do estado de sítio ou estado de emergência, violem a lei geral do estado de sítio ou estado/de emergência (L 44/86) ou as leis autorizativas ou con-firmativas dos mesmos.

[''a] Isto não exclui a possibilidade de algumas alterações de competência sujeitando, por ex., certos crimes ao foro militar. Cfr. L 44/86, art. 22.°

índice Ideográfico

H

M

R

índice Geral

CAPITULO 0

COMO LER E COMPREENDER ESTE LIVRO

PARTE I

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: A CONSTITUIÇÃO COMO ESTATUTO JURÍDICO DO POLÍTICO

CAPÍTULO 1

MODOS TRANSITIVOS: OS PARADIGMAS DA MODERNIDADE E DA PÓS-MODERNIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DA CIÊNCIA POLÍTICA

CAPITULO 2
O MUNDO AMBIENTE CIRCUNDANTE/ESTRUTURANTE DO POLÍTICO E DA CONSTITUIÇÃO

CAPÍTULO 3 CONCEITO, ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

CAPÍTULO 4

O PROCESSO ESPECIFICAMENTE ESTRUTURANTE — PODER CONSTITUINTE E PACTO FUNDADOR

PARTE II

A CIÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 1 O DIREITO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 2

A ESTRUTURA SISTÉMICA: A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

índice geral

CAPÍTULO 2
PROBLEMAS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA / MEMÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

CAPÍTULO 3 FORMA CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO

PARTE IV
PADRÕES ESTRUTURAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL VIGENTE
CAPÍTULO 1
PADRÃO I: PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO CONSTITUCIONAL 1.° — PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

CAPÍTULO 2

PADRÃO I: OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES 2.° — O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

CAPÍTULO 3

PADRÃO I — OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

3.° — O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA ECONÓMICA, SOCIAL E CULTURAL

CAPITULO 4
PADRÃO I — OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES 4.° — O PRINCÍPIO REPUBLICANO

CAPÍTULO 5
PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS. SENTIDO E FORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 7

PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS 3.° — REGIME GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPITULO 8

PADRÃO II — AS ESTRUTURAS SUBJECTIVAS

4.° — REGIME ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

CAPÍTULO 12

PADRÃO III: ESTRUTURAS ORGANIZATÓRIO-FUNCIONAIS 2° — PADRÃO BÁSICO E FORMAS DE GOVERNO

CAPÍTULO 13

PADRÃO III — AS ESTRUTURAS ORGANIZATÓRIO-FUNCIONAIS
3.° — ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS ÓRGÃOS
DE SOBERANIA PORTUGUESES

CAPITULO 14

PADRÃO IV — AS FONTES DE DIREITO. 1.° — O SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS FONTES DE DIREITO

CAPITULO 15

PADRÃO IV — AS FONTES DE DIREITO *2°* — AS RELAÇÕES ENTRE AS FONTES DE DIREITO

CAPÍTULO 18

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS

3.° — INDIVIDUALIZAÇÃO E ANÁLISE DE ALGUMAS CATEGORIAS DE LEIS

CAPÍTULO 19
PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS
4.°— ODECRETO-LEI

CAPITULO 20
PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO
E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS 5.° — OS DECRETOS LEGISLATIVOS REGIONAIS

CAPITULO 21
PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO
E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS 6.° — O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO SUPRANACIONAL

CAPITULO 22
PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO
E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS
7.° — OS REGULAMENTOS

CAPÍTULO 23
PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO
E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS
8.° — OS DECRETOS

CAPÍTULO 25

PADRÃO V: ANÁLISE DAS FONTES DE DIREITO
E DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS 10.° — O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO

CAPÍTULO 26

PADRÃO VI — ESTRUTURAS DE GARANTIA E DE CONTROLO 1.° — SENTIDO DA GARANTIA E CONTROLO DA CONSTITUIÇÃO

1

CAPÍTULO 28

PADRÃO VII — ESTRUTURAS DE PROCEDIMENTO E DE PROCESSO 1.° — SENTIDO DO PROCESSO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

CAPITULO 29

PADRÃO VII — ESTRUTURAS DE PROCESSO

2.° — OS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA ILEGALIDADE

CAPÍTULO 30

PADRÃO VII — AS ESTRUTURAS DE PROCEDIMENTO E DE PROCESSO 3.° — OS LIMITES FUNCIONAIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

CAPITULO 31
PADRÃO VIII — GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO E REVISÃO CONSTITUCIONAL

OUTROS TÍTULOS NESTA COLECÇÃO:
Lições Preliminares de Direito — Miguel Reale
Manual de Direito Fiscal-I — A. Xavier
Direito Processual Civil — Fernando Luso Soares
Manual de Direito Administrativo-I — Marcello Caetano
Manual de Direito Administrativo-H — Marcello Caetano
Noções Fundamentais de Direito do Trabalho-I — A. de Lemos Monteiro Fernandes
Noções Fundamentais de Direito do Trabalho-II — A. de Lemos Monteiro Fernandes
Manual de Direito Fiscal — Pedro Soares Martínez
Estatísticas Económicas — Pedro Soares Martínez
Manual de Ciência Política e Direito Constitucional -Tomo I — Marcello Caetano
Lições de Economia — Francisco Pereira de Moura
Manual de Economia Política — Pedro Soares Martínez
Das Obrigações em Geral-I — João de Matos Antunes Varela
Das Obrigações em Geral-II — João de Matos Antunes Varela
Direito Administrativo-I — Mário Esteves de Oliveira
Ciência Política — Adriano Moreira
Curso de Direito das Sociedades — Pinto Furtado
Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos — Pinto Furtado
Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador — J. Baptista Machado
Lições de Direito Internacional Privado — J. Baptista Machado
Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976 — José Carlos Vieira Andrade
Direito Processual Civil Declaratório-Vol. 1 — Artur Anselmo de Castro
Direito Processual Civil Declaratório - Vol. 2 — Artur Anselmo de Castro
Direito Processual Civil Declaratório - Vol. 3 — Artur Anselmo de Castro
Direito Constitucional — José Joaquim Gomes Canotilho
Noções de Direito Civil — Mário Júlio de Almeida Costa
Direito da Família — Eduardo dos Santos
Processo Civil de Declaração — Fernando Luso Soares
Princípios de Direito Fiscal- Vol. 1 — António Braz Teixeira
Princípios de Direito Fiscal- Vol. 2 — António Braz Teixeira
A Responsabilidade Processual Civil — Fernando Luso Soares
Finanças Públicas e Direito Financeiro — António de Sousa Franco
Direito Internacional Público — J. Silva Cunha